

Svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes

- en sammenlignende fremstilling og vurdering av sviktansvaret med
ansvarsgrunnlagene i alminnelig erstatningsrett

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 952



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Avgrensning.....	5
1.4	Begrepsbruk og definisjoner.....	7
1.5	Rettskilder.....	9
1.6	Fremstillingen videre	13
2	SVIKTANSVARET.....	15
2.1	Innledning.....	15
2.2	«Svikt».....	15
2.3	«selv om ingen kan lastes»	19
2.4	«ved ytelsen av helsehjelp»	25
2.5	Vurderingsmomenter hjemlet i pasientskadeloven § 2 andre ledd.....	26
2.6	Oppsummering og vurdering.....	28
3	RETTSLIGE MOMENTER FOR VURDERINGEN AV SVIKTANSVARET	29
3.1	Innledning.....	29
3.2	Forhold på pasientens side.....	30
3.2.1	Pasientens forventning til helsehjelpen	30
3.2.2	Informasjonssvikt og samtykke.....	33
3.2.3	Aksept av risiko.....	36
3.2.4	Pasientens tilstand eller sykdom	38
3.2.5	Pasientens medvirkning	41
3.2.6	Oppsummering og vurdering	42
3.3	Forhold på helsepersonellens side	43
3.3.1	Lover og forskrifter	43

3.3.2	Kunnskap om en risiko eller burde vite om en risiko	44
3.3.3	Krav til aktsomhet	46
3.3.4	Oppsummering og vurdering	48
3.4	Forhold ved helsehjelpen	48
3.4.1	Innledning	48
3.4.2	Helsehjelpens nytteevne	50
3.4.3	Helsehjelpens skadeevne og skadeomfang	52
3.4.4	Alternativ helsehjelp	54
3.4.5	Sakkyndige vurderinger og medisinske journaler	56
3.4.6	Oppsummering og vurdering	58
4	SVIKTANSVARET OG DE OBJEKTIVE ANSVARSGRUNNLAGENE	59
5	BEVISKRAV OG BEVISVEKT	62
6	VURDERING AV SVIKTANSVARET MED ANSVARSGRUNNLAGENE I ALMINNELIG ERSTATNINGSRETT	65
6.1	Sammenfallende vurderingsmomenter	65
6.2	Pasientens valg av ansvarsgrunnlag	68
6.3	Pasientens erstatningsrettslige vern	70

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er pasientskadeansvaret «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes», hjemlet i lov om erstatning for pasientskader 15. juni nr. 53. 2001 (passkl.) § 2.

Med pasientskadeloven kan pasienter kreve erstatning for sitt påførte¹ tap for skader de er påført som pasienter. Ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven er det objektiviserte ansvaret i passkl. § 2 første ledd bokstav a, «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes». De rene objektive ansvarsgrunnlagene om teknisk svikt, vaksinasjoner, smitte og infeksjoner er hjemlet i passkl. §§ 2 første ledd bokstav b til d. Rimelighetsregelen er en unntaksregel hjemlet i passkl. § 2 tredje ledd. Ansvarsgrunnlag fra alminnelig erstatningsrett er hjemlet i passkl. § 2 første ledd bokstav e.

Tema for oppgaven er en sammenlignende fremstilling av det objektiviserte ansvaret med arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret i alminnelig erstatningsrett. Sammenligningen vil vise om momenter ved ansvarsvurderingen av det objektiviserte ansvaret er sammenfallende med momenter ved vurderingen av arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Vurderingsmomentene er utviklet i rettspraksis og får betydning for vurderingen i tilknytning til forhold på pasientens side, på helsepersonellets side og til forhold ved helsehjelpen.

Sammenligningen og vurderingen danner grunnlag for pasientens valg av ansvarsgrunnlag for erstatningskravet. Med pasientskadeloven kan pasienten velge ansvarsgrunnlag hjemlet i passkl. § 2 første ledd, og erstatningskravet fremmes til Norsk pasientskadeerstatning (NPE). Pasientskadeloven gir også pasienten en mulighet til å velge ansvarsgrunnlag fra alminnelig erstatningsrett, hvor erstatningskravet fremmes direkte til domstolene, jf. passkl.

¹ NOU 2011: 16 Standardisert personskadeerstatning s. 23.

§§ 4 og 6. Pasientskadelovens materielle og prosessuelle regler gir i disse tilfellene nærmere bestemmelser om hvilket ansvarsgrunnlag som da kan fremmes.

Pasienten kan velge å fremme erstatningskrav med et ansvarsgrunnlag fra alminnelig erstatningsrett. I så tilfellet fremmes kravet direkte til domstolene.

Lovgivers formål med en egen pasientskadelov er å gi pasienter et bedre erstatningsrettslig vern enn pasientene har etter alminnelige erstatningsrett.² Den sammenlignende fremstilling og vurdering vil vise om det objektiviserte ansvaret har gitt pasienter et bedre erstatningsrettslig vern.

1.2 Problemstilling

Oppgavens tema reiser tre hovedproblemstillinger:

- a. Hvilke vurderingsmomenter er sammenfallende, på hvilken måte er de sammenfallende?
- b. Hvilket ansvarsgrunnlag kan pasienter påberope, hvor skal erstatningskravet fremmes?
- c. Har pasienter fått et bedre erstatningsrettslig vern?

Nedenfor følger en nærmere fremstilling av oppgavens problemstillinger med utgangspunkt i pasientskadelovens materielle og prosessuelle bestemmelser.

Lovgivers formål med pasientskadeloven er at erstatningskravet som hovedregel rettes mot NPE.³ Med pasientskadeloven fremmer pasientene som sitt krav på et skademeldingsskjema til NPE, som er den ansvarlige etter loven, jf. passkl. § 6. NPE utreder saken, klarlegger faktum og sikrer kontradiksjon for partene, og pasientene kan få

² Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven) s. 5.

³ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 78.

gratis advokathjelp, jf. passkl. §§ 9 til 14. Når saken er fullstendig opplyst, gjør NPE vedtak om ansvarsgrunnlaget, deretter eventuelt et vedtak om erstatningsutmålingen. Pasientene kan klage vedtaket inn for Pasientskadenemnda (PSN), og domstolsprøving kan først gjøres når vedtak fra PSN foreligger, jf. passkl. §§ 15 og 18.

Erstatningskrav for skader påført etter lovens ikrafttredelse, rettes prosessuelt og materielt etter pasientskadelovens bestemmelser, jf. passkl. § 21 første ledd. Eldre skader avgjøres prosessuelt etter pasientskadeloven, men materielt etter det ansvarsgrunnlaget som er aktuelt på skadetidspunktet i forhold til de erstatningsreglene som da var i kraft, jf. passkl. §§ 21 første ledd bokstav a til e. Skadetidspunktet får dermed betydning for erstatningskravet i forhold til hvilket ansvarsgrunnlag som kan påberopes og hvor kravet skal rettes, jf. passkl. §§ 21 bokstav a til e. Ansvarsgrunnlagene hjemlet i denne bestemmelsen er passkl. § 2 første ledd bokstav a-e, ansvaret etter regler 1. jan. 1988 nr. 4458 for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker (de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning) og ansvarsgrunnlag etter alminnelig erstatningsrett.

Et erstatningskrav som fremmes overfor NPE med pasientskadeloven, kan ikke gjelde arbeidsgiveransvaret overfor staten, regionale helseforetak, helseforetak, fylkeskommuner og kommuner, jf. passkl. § 4 tredje ledd andre punkt. De ansvarsgrunnlag som pasienten dermed kan fremme til NPE fra alminnelige erstatningsrett er, uaktsomhetsansvaret, det objektive ansvaret og arbeidsgiveransvaret for privat helsevesen, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav e. Pasienter som ønsker å fremme sitt erstatningskrav overfor stat, helseforetak, fylkeskommuner eller kommuner, ved å påberope seg arbeidsgiveransvaret for offentlig helsevesen, må derfor fremme dette direkte for domstolene.

I alminnelig erstatningsrett deles pasientene inn i to grupper: pasienter med et økonomisk tap og pasienter med et ikke-økonomisk tap.⁴ Pasienter som er påført en pasientskade, er ikke nødvendigvis påført et økonomisk tap. Dette fordi skaden ikke har gitt pasienten et inntektstap eller tap i fremtidig erverv. Denne pasientgruppen kan likevel anføre at den helsehjelp som er gitt, kan klassifiseres som svikt eller som uaktsom.

Reglene om hvilke erstatningsposter som kan påberopes med pasientskadeloven, er hjemlet i passkl. § 4. Bestemmelsen viser til lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) kapittel 3. Erstatningsposter for et økonomisk krav er: lidet tap av arbeidsinntekt, utgifts tap, tap i fremtidig arbeidsinntekt og tap i fremtidige utgifter, jf. skl.§ 3-1. Erstatningsposter for skade av ikke-økonomisk art er: menerstatning og oppreisningserstatning, jf. skl.§§ 3-2 og 3-5. Pasientskadeloven har gjort unntak for oppreisningserstatning, jf. passkl. § 4.

Pasienter uten et økonomisk krav, kan ha et ønske om en form for gjenopprettelse av den påførte skaden, og kan ha et ønske om å søke oppreisningserstatning. Pasienten må i disse tilfellene fremme erstatningskravet overfor domstolene med uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret etter alminnelig erstatningsrett. Oppreisningserstatning krever at ytelsen av helsehjelp kan karakteriseres som grov uaktsom eller forsettlig, jf. skl.§ 3-5. Dette kravet vil igjen få betydning for om det er aktuelt for pasienten å reise et krav om oppreisningserstatning. Menerstatning kan fremmes med pasientskadeloven og vil være aktuelt i de tilfellene hvor pasienten kan sies å ha fått en «varig og betydelig skade av medisinsk art», jf. skl.§ 3-2.

Pasienter med et økonomisk krav kan også fremme erstatningskravet direkte for domstolene i de tilfellene pasienten ønsker å fremme krav om oppreisningserstatning.⁵

⁴ Peter Lødrup. *Lærebok i erstatningsrett*. 6.utgave. Med bistand av Morten Kjelland. Oslo 2009 s. 50.

⁵ LB-2008–9660.

Krav som rettes mot NPE eller domstolene, kan som hovedregel ikke bytte prosess når kravet først er fremmet. De to prosessveiene gir pasientene ulike fordeler og ulemper. Fordelen med å fremme erstatningskravet direkte overfor domstolene er at pasientene kan søke om oppreisningserstatning i det samme erstatningskravet. Ulempene med et slikt direkte krav overfor domstolene er at pasienten selv må utrede saken ved å innhente all medisinsk dokumentasjon fra leger og sykehus. Videre må pasientene dekke de økonomiske kostnadene med advokatbistand. De nevnte ulemper er å anse som fordeler for de pasienter som fremmer erstatningskravet til NPE.

1.3 Avgrensning

Oppgaven avgrenses mot pasientskadelovens prosessuelle regler generelt, men behandler de prosessuelle reglene der det er naturlig for å presisere eller begrunne de vurderinger som følger av sammenligningen.

Dernest avgrenses oppgaven mot pasientskadelovens krav til årsakssammenheng. Kravet til årsakssammenheng er hjemlet i passkl. § 2 første ledd med formuleringen «når skaden skyldes». Forarbeidene presiserer at denne formuleringen viser til alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.⁶ Erstatningsvilkårene foreligger når det er påvist en årsakssammenheng mellom helsehjelpen og pasientskaden. Vurderingen av årsakssammenhengen foretas når ansvarsgrunnlaget er fastlagt. LG-2011-66251 uttaler: «Bare for det tilfelle at svikt påvises, er det nødvendig å drøfte nærmere om også kravet til rettslig og faktisk årsakssammenheng er oppfylt mellom den konstaterte svikt og den påståtte skade». Kravet om årsakssammenheng er dermed ikke sentral for fremstillingen av sviktansvaret.

⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

Oppgaven vil ikke behandle reglene om erstatningsutmåling for beregning av pasientens økonomiske og tapsmessige krav. Men oppgaven vil kort omhandle oppreisningserstatning, som har betydning for oppgavens problemstilling.

Oppgaven vil kort drøfte bevisvekting og beviskrav generelt, da dette er sentralt ved fastleggelsen av ansvarsgrunnlaget.

Oppgaven drøfter i liten grad unntaket i passkl. § 2 tredje ledd, om særlig stor eller særlig uventet skade. Bestemmelsen er en sikkerhetsventil som kommer til anvendelse der de øvrige ansvarsgrunnlag ikke kan legges til grunn.⁷ Men fordi passkl. § 2 tredje ledd omhandler pasientens «aksept av risiko», vil bestemmelsen bli kort fremstilt, der oppgaven behandler risikospørsmål som moment for vurderingen av sviktansvaret.

Oppgaven behandler de rettslige vurderingsmomenter som er viktig for sammenligningen og fremstillingen av innholdet av sviktbestemmelsen med arbeidsgiveransvaret, uaktsomhetsansvaret og de objektive ansvarsgrunnlagene i alminnelig erstatningsrett. Det avgrenses mot en detaljert fremstilling av vurderingsmomentene ved uaktsomhetsansvaret, arbeidsgiveransvaret og de objektive ansvarsgrunnlagene i alminnelig erstatningsrett i den grad det ikke er nødvendig for sammenligningen.

Pasientens erstatningskrav vil bli behandlet, og oppgaven kommer derfor ikke inn på erstatningskrav fra tredjeperson, jf. passkl. § 2 første ledd første punktum. Tredjepersons tap er tilsvarende dekket i pasientskadeloven som etter den alminnelige erstatningsretten,⁸ og en sammenligning vil dermed ikke være interessant for oppgavens problemstilling.

⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 91.

⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 52–53.

I forhold til andre lover som får betydning ved pasienters sykdom og skade vil oppgaven også avgrenses mot trygdens ytelser ved sykdom og skade, samt mot eventuell forsikringslovgivning og forsikringsavtaler pasienten har inngått. Dette fordi erstatning fra disse får tilsvarende betydning for pasienters erstatningskrav etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett, jf. passkl. § 4 første ledd.

1.4 Begrepsbruk og definisjoner

Med det objektiviserte ansvaret menes hovedregelen om pasientskadeansvaret i passkl. § 2 første ledd bokstav a, «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes». Dette ansvarsgrunnlaget omtales som sviktansvaret i den videre fremstilling. Når oppgaven behandler lovteksten i passkl. § 2 første ledd bokstav a, er termen sviktregelen også benyttet.

Pasientbegrepet i pasientskadeloven har ingen legaldefinisjon. I forarbeidene uttales det om «pasient» at «Også en avvisning av en pasient etter en telefonsamtale kan anses som en diagnostiseringssituasjon, slik at loven får anvendelse». Videre uttales det i forarbeidene at «Loven krever imidlertid at kontakten med helsevesenet etableres på individuell basis.»⁹ Tingretten uttaler i dom fra Stavanger tingrett 30. mars 2012: «At det legges til grunn et vidt pasientbegrep finner man også støtte for i juridisk teori». Fra juridisk teori uttales det at «skaden må være en pasientskade. For å bli ansett som en pasientskade må skaden som nevnt for det første være voldt på bestemte steder eller av bestemte yrkesutøvere (første ledd) og samtidig være voldt under utførelse av bestemte typer arbeidsoppgaver (andre ledd).» Uttalelsen viser til passkl. § 1 som omhandler skadebegrepet, men hvor man av det kan utlede innholdet i pasientbegrepet.

⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 49.

Skadebegrepet¹⁰ i pasientskadeloven tilsvarer det skadebegrepet som er lagt til grunn i alminnelig erstatningsrett, men avgrenset i den forstand at skaden må være «voldt» på en nærmere spesifisert helseinstitusjon eller av nærmere bestemte helsepersonell i gitte situasjoner. En dom fra Gulating lagmannsrett 29. juni 2012 uttaler lagmannsretten at «selve skadebegrepet skal forstås på samme måte som i erstatningsretten ellers.»

Pasientskadene må være voldt i de situasjoner som er beskrevet i passkl. § 1 «voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev.» Skaden må være en pasientskade, jf. passkl. § 1.

Forarbeidene inndeler pasientskadene i fire gruppetilfeller.¹¹ Den ene gruppen omfatter pasientskader som kunne og burde ha vært unngått. Disse skadene faller klart innenfor ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven. Den andre gruppen omfatter pasientskader hvor «skaden kunne ha vært unngått, men hvor dette først kan konstateres i etterhånd». Skaden kunne eksempelvis ha vært unngått med en annen behandlingsteknikk eller behandlingsmetode. Pasientskadene i denne gruppen kan være erstatningsberettiget etter unntaksregelen i passkl. § 2 tredje ledd. Den tredje gruppen omfatter pasientskader som «ikke kunne ha vært unngått når først behandlingen eller inngrepet er foretatt». Dette kan eksempelvis være pasientskader som er forårsaket av komplikasjoner. Pasientskadene som her er erstatningsberettiget, vil i disse tilfellene skyldes sjeldne og alvorlige komplikasjoner. Den fjerde gruppen pasientskader er ikke erstatningsberettiget, og her unntas de skader som er en «nødvendig følge av pasientens grunnsykdom, og følgelig ikke kunne vært unngått».¹²

¹⁰ *Pasientskaderett*. Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad...[et al.]. Gyldendal Norsk Forlag AS 2011. 1.utgave, 1.opplag 2011. s. 94.

¹¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 59.

¹² Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 59.

Med uaktsomhetsansvaret menes et ansvar hvor en bestemt helseperson kan lastes eller bebreides for den skaden pasienten er påført med helsehjelpen. Uaktsomhetsansvaret er ansvar på subjektivt grunnlag og er utviklet i rettspraksis og i juridisk teori.¹³ Uaktsomhetsansvaret sier at den som har voldt en skade med sin handling, hvor handlingen kan betegnes som uaktsom eller forsvarlig, blir erstatningspliktig overfor en skadelidte for det tap skadelidte er påført.¹⁴

Arbeidsgiveransvaret er et objektivt ansvarsgrunnlag. Hovedregelen om arbeidsgiveransvaret er regulert i skl. § 2-1, som sier at «Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, i det hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Vurderingen av arbeidsgiveransvaret er tilsvarende den vurdering som gjøres ved uaktsomhetsansvaret.

Fremstillingen vil presisere hvilket ansvarsgrunnlag som sammenlignes med sviktansvaret. Betegnelser som brukes er det rene uaktsomhetsansvaret eller uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret som nevnt over.

1.5 Rettskilder

Pasientskadeloven ble satt i kraft 1. januar 2003 og er en del av personskaderetten og allminnelig erstatningsrett. Pasientskadeloven regulerer pasienters erstatningskrav som oppstår i forbindelse med helsehjelp. Pasientskadeansvaret er en videreføring av de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning.¹⁵

¹³ Lødrup (2007) s. 81.

¹⁴ Lødrup (2007) s. 127.

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 63.

Pasientskadelovens rettskildemessige plassering i forhold til helselovgivningen er interessant, fordi helselovgivningen regulerer forholdene rundt helsehjelpen. Arbeidet med den nye helselovgivningen var under arbeid samtidig med pasientskadeloven. Med forarbeidene til pasientskadeloven fikk man en harmonisering av de to nevnte lovområder.¹⁶ Harmoniseringen taler for at en tolkning av sviktansvaret kan gjøres i lys av helselovgivningens bestemmelser.

Pasientskadeloven har fire viktige forarbeider, NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader, Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven), Ot.prp. nr. 55 (1999-2000) Om lov om erstatning ved pasientskader mv. og Innst. O. nr. 68 (2000-2001) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven). Forarbeidet med utvidelsen av pasientskadeloven, til også å gjelde for privat helsevesen, er Ot.prp. nr. 103 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.

Forarbeidene er en viktig rettskilde i juridisk metode. Forarbeider har generelt en stor rettskildemessig vekt, da disse representerer lovgivers formål med loven. Forarbeidene til pasientskadeloven er grundige og omfattende, noe som styrker deres rettskildemessige vekt. Rettspraksis fra Høyesterett innenfor pasientskaderetten, viser at Høyesterett tillegger forarbeidene stor vekt, at forarbeidene i noen dommer tillegges større vekt enn andre rettskilder.¹⁷ Med dette kan man slutte at pasientskadelovens forarbeider tillegges stor rettskildemessig vekt, i den grad de rettslige argumentene også er benyttet av Høyesterett. Dette legges til grunn for den sammenlignende fremstillingen og vurderingen.

¹⁶ Ot.prp. nr. 55 (1999-2000) s. 1-2.

¹⁷ Rt. 2011 s.549, Rt. 2008 s. 218, Rt. 2006 s. 1217.

Rettspraksis fra Høyesterett om de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, viser at Høyesterett vektlegger forarbeidene til pasientskadeloven. Det vises til Rt. 2011 s.549 (Tollefsen) og Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen). I disse sakene var spørsmålet om pasientskaden var en følge av en risiko som pasienten måtte akseptere. Høyesterett vektlegger uttalelser i forarbeidene til de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning og uttalelser i Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) når de skal finne innholdet av bestemmelsen om akseptabel risiko i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning.

Rettspraksis fra lagmannsretten om passkl. § 2 første ledd bokstav a, viser at lagmannsretten ved vurderingen av sviktansvaret finner argumenter fra pasientskadelovens forarbeider.¹⁸ I LF-2010-149413 gjaldt spørsmålet om det forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp, når barnet ikke ble innlagt på sykehus på et tidligere tidspunkt for nærmere undersøkelser av barnets tilstand. Lagmannsretten viser til Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64 med hensyn til den lave ansvarsterskelen som skal legges til grunn, og til de samme forarbeidene på side 69, hvor det står at det ikke foreligger svikt når helsehjelpen har vært adekvat.

Fra alminnelig erstatningsrett, fra personskaderett, vises det til Rt. 2012 s. 233 (Tankbil) hvor Høyesterett viser til bilansvarslovens forarbeider for å finne rettslige argumenter for lovbestemmelsens innhold når det konkrete spørsmålet skal besvares.

Rettspraksis har stor vekt på erstatningsrettens område fordi erstatningsretten er utviklet i rettspraksis. Rettspraksis fra domstolene, NPE og PSN er viktige rettskilder på pasientskaderettens område. Høyesterett har behandlet 5 dommer etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, hvorav to dommer gjaldt spørsmålet om adekvat behandling i de midlertidige regler om pasientskadeerstatning §§ 3 bokstav d og e,¹⁹ og tre dommer gjaldt behandling av sikkerhetsventilen og akseptabel risiko i de midlertidige regler om pasient-

¹⁸ LF-2010-149413, LG-2010-56030, LB-2010-5844 LB-2008-102426, RG 2008 s.577.

¹⁹ Rt. 1998 s. 1336,Rt. 1998 s. 1538.

skadeerstatning § 3 bokstav a.²⁰ Fordi sviktansvaret er en videreføring av ansvarsgrunnlaget i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, vil Høyesterettsdommer om dette ansvarsgrunnlaget være relevante og viktige rettskilder. Høyesterett har ikke behandlet sviktansvaret i pasientskadeloven. Underrettspraksis og nemndspraksis blir dermed sentrale rettskilder.

Om pasientskadenemndas rettskildemessige vekt har Høyesterett uttalt i Rt. 2006 s.1217 (Angiografidommen) avsnitt 38: «avgjørelser fra Pasientskadenemnda tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis, jfr. tilsvarende synspunkter inntatt i Rt. 2005 s.1757, avsnitt 45, som gjaldt Trygderettens praksis.» Med denne uttalelsen kan nemndas praksis tillegges vekt, dersom den er utslag av en fast og konsistent praksis. Statistiske tall fra NPE og PSN viser at erstatningssakene for pasientskader i hovedsak avsluttes med vedtak fra NPE eller PSN.²¹ Under halvparten av dommene fra tingretten blir rettskraftige og en fjerdedel forlikes. Noen dommer ankes til lagmannsretten og få av disse ankes videre til Høyesterett. Høyesterett behandler et fåtall saker, da de fleste saker nektes fremmet.²² Tallene begrunner også at vedtak fra NPE og PSN er relevante rettskilder som kan tillegges vekt.

Fra alminnelig erstatningsrett finnes en rik praksis fra Høyesterett som omhandler erstatningskrav hjemlet i skl. § 2-1 og med uaktsomhetsansvaret som ansvarsgrunnlag.

²⁰ Rt. 2011 s. 549, Rt. 2008 s. 218 og Rt.2006 s. 1217.

²¹ Se http://pasientskadenemnda.no/Documents/%c3%85srapporter/%c3%85srapport2011_Nett.pdf og http://npe.no/Documents/%c3%85smelding/aarsmelding_2011.pdf.

²² Se HR-2012–1289-U, HR–2011–1040-U, HR-2009–698-U, HR-2011–658-U og HR-2011–274-U.

Reelle hensyn tillegges stor vekt i erstatningsretten. Med ansvarsvurderingen ser man hen til hvem som er nærmest til å bære risikoen for den aktuelle skaden. Videre vil preven-sjonshensynet, gjenopprettingshensynet, formålsbetraktninger og hensyn til det erstatnings-rettslige vern er relevante momenter for ansvarsvurderingen.²³

Juridisk teori er en relevant rettskilde i erstatningsretten og kan ha rettskildemessig vekt.²⁴ Juridisk litteratur har behandlet pasientskadeansvaret, uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. Høyesterett kan begrunne sin argumentasjon med juridisk teori på erstatningsrettens område, hvilket gjør argumentet relevant og det kan tillegges vekt. Oppgaven viser til juridisk teori der det er aktuelt for forståelsen av pasientskadeansvaret og for sammenligningen av de tre ansvarsgrunnlagene.

1.6 Fremstillingen videre

Problemstillingene søkes belyst med en sammenlignende fremstilling av sviktansvaret med uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. Sammenligningen gjøres med utgangspunkt i av sviktansvaret. Sammenligningen gjøres i samsvar med juridisk metode, hvor lov, forarbeider, rettspraksis, nemndspraksis og juridisk teori er relevante rettskilder og kan tillegges vekt. Oppgaven vil benytte rettslige argumenter fra Høyesterettsdommer som omhandler pasientskader, og som får betydning for sammenligningen og vurderingen som foretas. Rettslige argumenter fra Høyesterettspraksis som omhandler personskader vil også legges til grunn for sammenligningen der dommen har relevante argumenter for sammenligningen som foretas.

Helserettens bestemmelser om pasienters rettigheter og helsepersonellens plikter vil bli behandlet der de aktuelle bestemmelser får betydning for innholdet av ansvarsgrunnlagene.

²³ Lødrup (2009) s. 69–70.

²⁴ Lødrup (2009) s. 71–72.

Kapittel 2 behandler sviktbestemmelsen i passkl. § 2 første ledd bokstav a. Først behandles begrepet «svikt», deretter formuleringen «selv om ingen kan lastes» og formuleringen «ved ytelsen av helsehjelp». Avslutningsvis behandles bestemmelsen i passkl. § 2 andre ledd.

Kapittel 3 behandler de rettslige momentene som er relevante for vurderingen av sviktansvaret, sammenlignet med uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. Momentene er delt inn i tre forhold. Først behandles forhold på pasientens side behandles, deretter forhold på helsepersonellens side og til sist forhold ved helsehjelpen.

Kapittel 4 vil foreta en sammenlignende fremstilling av sviktansvaret med de objektive ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven og i alminnelige erstatningsrett.

Kapittel 5 behandler bevisspørsmål som beviskrav og bevisvekting.

Kapittel 6 omhandler vurderinger rundt oppgavens problemstillinger.

2 Sviktansvaret

2.1 Innledning

Dette kapitlet behandler bestemmelsen i passkl. § 2 første ledd bokstav a, «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes». Først gjøres det en tolkning av ordet «svikt» i punkt 2.2. Videre foretas en tolkning av bestemmelsens ordlyd «selv om ingen kan lastes» i punkt 2.3 og en tolkning av ordlyden «ved ytelsen av helsehjelp» i punkt 2.4. Til sist behandles bestemmelsen i passkl. § 2 andre ledd i punkt 2.5.

Hovedregelen om pasientskadeansvaret sier at det må foreligge en «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes». Passkl. § 2 første ledd bokstav a stiller to krav som må være oppfylt for at erstatning kan erkjennes.²⁵ Det ene kravet er at det må foreligge en «svikt ved ytelsen av helsehjelp». Det andre kravet er at pasientskaden må «skyldes» denne svikten, som er kravet om årsakssammenheng. Det må foreligge en «pasientskade» og et «lidt tap», jf. passkl. § 2 første ledd bokstav a.

2.2 «Svikt»

For pasientskadeloven er helsehjelpen den skadevoldende handling og den må representere en svikt i lovens forstand for å være erstatningsberettiget.

Et naturlig utgangspunkt for tolkningen av begrepet «svikt» er den språklige tolkningen. En språklig tolkning kan tyde på at det må foreligge en mangel, feil eller forsømmelse med helsehjelpen. «Svikt» kan tenkes å foreligge når den valgte helsehjelpen ikke har gitt det ønskede resultatet, eller når helsehjelpens mulige komplikasjoner har inntruffet, eller når det skjer en feil i forbindelse med ytelsen av helsehjelpen. «Svikt» kan også sies å foreligge

²⁵ LA-2010–11107.

når en diagnose ikke er stilt på riktig tidspunkt, slik at helsehjelpen ikke blir iverksatt til rett tid, sett i forhold til sykdommens behov for helsehjelp.

Ordet «svikt» kan etter en språklig tolking forstås slik at «svikt» viser til helsehjelpen som handling eller til helsepersonellet som har utført helsehjelpen. Ordet «svikt» kan språklig tolkes til den generelle helsehjelp, og ikke til en konkret helsehjelp. Et eksempel på dette kan være en sykehusbehandling over tid, sammenlignet med et sårstell. Ordet «svikt» kan vise til en menneskelig svikt eller til en teknisk svikt. Passkl. § 2 første ledd bokstav b, regulerer ansvar for teknisk svikt, hvilket kan tyde på at tolkningen av ordet «svikt» i bokstav a, kun viser til menneskelig svikt. Men i forarbeidene uttales det at dersom en teknisk svikt har sin årsak i en menneskelig innstilling, vil denne tekniske svikten omfattes av sviktansvaret i passkl. § 2 første ledd bokstav a.

I alminnelige erstatningsrett er de lovfestede ansvarene for handlinger som skadevolder kan bebreides for, uttrykt med «uaktsomhet» og med «feil eller forsømmelse». Et nærliggende eksempel på lovfestet «uaktsomhet» er skl. § 2-1. Skl. 2-1 hjemler arbeidsgivers erstatningsansvar for skade voldt «uaktsomt eller forsettlig» av arbeidstakeren. Uaktsomhetsansvaret kommer med dette direkte til uttrykk i lovteksten. I lov om sjøfart 24. april. nr. 39. 1994 (sjøloven) §§ 151 første ledd og 418 første punktum, har lovgiver benyttet uttrykket «feil eller forsømmelse» om den skadevoldende handling. Med lovgivers formulering av «uaktsomhet» som nevnt over, synes en tolkning av ordet «svikt» å kunne ha betydningen «feil eller forsømmelse». Forståelsen av begrepet «svikt» vil dermed ligge nær opp til grensen for uaktsomhet.

Om begrepet «svikt» viser forarbeidene til Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle).²⁶ Her uttaler Høyesterett om svikt:

²⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 63–64.

«Hertil kommer at ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste, selv om det senere kan påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle ha vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelse av et skjønn.» (s. 487)

Forarbeidenes henvisning til Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle) kan tolkes slik at det er denne forståelsen begrepet «svikt» som skal legges til grunn. Høyesteretts uttalelse om «svikt» gir «svikt» en nedre grense mot dagliglivets risiko. Dette gir pasientskadeloven en ramme for hvilken helsehjelp som omfattes av sviktansvaret. Rammens nedre grense tolkes mot hva pasienten må akseptere sett i forhold til den daglige risikoen. Den øvre grense tolkes mot uaktsomhetsansvaret i alminnelig erstatningsrett. Dette behandles nærmere i fremstillingen nedenfor.

I det første lovutkastet var sviktansvarets opprinnelige lovformulering «feil eller svikt» ved ytelsen av helsehjelp.²⁷ Fordi departementet ønsket å vise at terskelen for hvilke handlinger som skulle utløse et erstatningsansvar skulle være lavere enn i alminnelig erstatningsrett, ble ordet «feil» valgt i stedet for ordet «uaktsomhet».²⁸

Rettspraksis viser at den lave ansvarsterskel. Det kan vises til dom fra Oslo tingrett 19. juni 2012. Tingretten viser til pasientskadelovens forarbeider i Innst. O. nr. 68 (2000-2001) side 10, og uttaler at «terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar, skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett». Tingretten viser også til Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) side 64 og uttaler videre at «terskelen for ansvar heller må settes for høyt enn for lavt». En senere dom fra Oslo tingrett 30. september 2012 viser til den samme lavere ansvarsterskel og uttaler at «terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar er lavere enn i

²⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 101.

²⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

den alminnelige erstatningsrett, jf. Ot.prp. nr. 31 side 90». LB-2008-102426 viser også at forarbeidenes formål med sviktansvarets lavere ansvarsterskel tillegges vekt. Lagmannsretten fant at det forelå sen svikt under operasjonen og uttaler: «Under henvisning til dette og den lave terskelen for når ansvar inntreffer, er det samlet sett sannsynlig at skaden i dette tilfellet skyldes svikt i lovens forstand.»

Ordet «feil» ble fjernet da lovforslaget ble behandlet i Stortingets sosialkomité.²⁹ Komitéen mente at ordet «feil» ville hen vise til uaktsomhet, hvilket ikke var ønskelig, nettopp fordi hovedregelen om pasientskadeansvaret skulle være et objektivt ansvar. Departementet begrunnet valget av ordet «svikt» med at «svikt» skulle indikere at det ikke var nødvendig å utpeke en bestemt skadevolder.³⁰

LH-2010-116910 gjelder utmåling av pasientens erstatningskrav. Saken gjaldt en 55 år gammel mann, som falt i vannet fra en gummibåt og ble påført hodeskader etter sammenstøt med propellen på båtens påhengsmotor. Det ble ansett som «svikt ved ytelsen av helsehjelp» at AMK sentralen undervurderte «traumets alvorlighetsgrad» ved at de sendte en legeskyssbåt uten lege ombord. AMK skulle ha sendt et legehelikopter til ulykkesstedet istedenfor. Ansvarsgrunnlaget var erkjent av Norsk pasientskadeerstatning og dommen viser til det etablerte ansvarsgrunnlaget.

I PSN-2011-461 gjaldt saken en pasient med akillesseneruptur. Pasienten anførte at pasientskaden skyldtes en «svikt ved ytelsen av helsehjelp», fordi diagnostiseringen, og dermed behandling av rupturen, ble foretatt for sent. Pasienten fikk ikke medhold av pasientskadenemnda, da nemnda på bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger, fant at pasientens ruptur hadde fått en adekvat diagnostisering og en adekvat behandling.³¹

²⁹ Innst. O. nr. 68 (2000–2001) s. 10.

³⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

³¹ PSN-2011–461.

Rt. 2005 s. 1714 (Verandarekkverk) er et eksempel på det rene uaktsomhetsansvaret. Saken gjaldt en personskade hos A, grunnet As fall ned fra et verandarekkverk. C tok tak i A med en brå overraskende bevegelse, slik at A fikk en overbalanse og falt ned på bakken. C ble ansett som skadevolder, og vurdert av Høyesterett til å ha handlet erstatningsbetingende uaktsomt. Høyesterett mente at C burde ha forstått at C skapte en økt risiko og en betydelig fare med sin handling. Dette mente Høyesterett måtte være påregnelig for C.

Rettspraksis som nevnt over, viser at den skadevoldende handling ikke skulle ha vært gjort. For C i Rt. 2005 s. 1714 (Verandarekkverk), var spørsmålet om C kunne bebreides for sin handling. Dette er det subjektive elementet i uaktsomhetsvurderingen,³² som dommene nevnt over, ikke vurderer ved sviktansvaret. For sviktvurderingen i LH-2010-116910, var det ikke et tema om noen ved AMK sentralen kunne bebreides for ikke å ha tilkalt legehelikopteret. Uavhengig av hvem som eventuelt kunne ha blitt bebreidet for dette, ble det ansett som svikt at det ikke var gjort. Det samme gjelder saken om pasienten med akillessenerupturen, hvor nemnda fant at helsehjelpen var adekvat, og i tråd med medisinske retningslinjer og prinsipper. Eksemplene fra rettspraksis viser at forskjellen mellom ansvarsgrunnlagene er i tråd med lovgivers formål.

2.3 «selv om ingen kan lastes»

Ordlyden i passkl. § 2 første ledd bokstav a presiserer at svikt foreligger «selv om ingen kan lastes».

En språklig tolkning av ordlyden forstås slik at det med sviktansvaret ikke kreves at noen skal bebreides. Som nevnt over i punkt 2.2, om begrepet «svikt», kunne den språklige

³² Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 11.

tolkningen av ordet «svikt» tenkes å tolkes som en «feil eller forsømmelse». Når lovgiver presiserer at svikt foreligger «selv om ingen kan lastes», tyder dette på at den språklige forståelsen er riktig, jf. «selv om». Men for sviktansvaret er det ikke avgjørende om helsehjelpen skyldes en «feil eller forsømmelse». Dette fordi bestemmelsen med formuleringen «ingen kan lastes», presiserer at loven ikke stiller krav om at noen skal lastes. Sviktansvaret krever ikke en uaktsomhetsvurdering, slik som ved uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. LH-2010–116910 om AMK sentralen, som nevnt i punkt 2.2, er et eksempel på det.

I forarbeidene uttales det at sviktansvaret er en skjerpelse av uaktsomhetskravet. Lovgiver presiserer at ansvarsområdet er utvidet til noe mer enn uaktsomme forhold.³³ Sviktansvaret betegnes i forarbeidene som et utvidet uaktsomhetsansvar.³⁴ Sviktansvaret synes med det å omfatte uaktsomhet.³⁵ Dette bekreftes i forarbeidene, hvor det uttales om sviktansvaret: «Hvor det foreligger et uaktsomt forhold fra helsepersonellens side, vil dette vilkåret alltid være oppfylt.»³⁶

Fordi «svikt» ikke viser til en bestemt helseperson, men til helsehjelpen spesielt, følger det av en språklig tolkning at anonyme og kumulative feil omfattes av sviktansvaret. Anonyme feil omfattes, fordi sviktansvaret ikke krever en bestemt skadevolder. Kumulative feil omfattes fordi helsehjelpen kan bestå av flere feil, og av feil fra flere helsepersoner. Dette følger også av forarbeidene, hvor det uttales: «I alle tilfeller omfatter ansvaret også svikt i systemene som ikke kan klandres en enkelt person (anonyme eller kumulative feil).»³⁷

³³ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 63.

³⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 63.

³⁵ NOU 1992: 6 s. 93.

³⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 93.

³⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 31.

Uaktsomhetsansvaret i alminnelig erstatningsrett omfatter ikke anonyme eller kumulative feil, fordi det kun er en identifisert helseperson som kan bebreides for pasientskaden.

Arbeidsgiveransvaret omfatter uaktsomhet eller forsettlig handling fra én eller flere helsepersoner, og anonyme og kumulative feil. Et eksempel er Rt. 2012 s. 146 (Mobbedommen). Saken gjaldt erstatningskrav for skader påført A, som følge av langvarig mobbing i barneskolen. A ble tilkjent erstatning. Høyesterett uttaler:

«Det som er aktuelt i saken er - som lagmannsretten la til grunn - et ansvar for kumulative feil, der det ikke er nødvendig å påvise at hver enkeltes feil eller forsømmelse er tilstrekkelig til at vedkommende kan gjøres ansvarlig. Ansvarsformen kumulativt ansvar er ikke uttrykkelig nevnt i skadeserstatningsloven § 2-1.» (avsnitt 38)

LF-2012-23150 er et eksempel om sviktansvaret med en bestemt helseperson. Saken gjaldt en turnuslege, som ved den første konsultasjonen og undersøkelsen ikke avdekket et lårhalsbrudd hos pasienten.³⁸ Pasienten måtte som følge av dette få en hofteprotese. Lagmannsretten konkluderte med at turnuslegen i dette tilfellet ikke hadde fulgt god vanlig praksis, og konkluderte med at det forelå «svikt ved ytelsen av helsehjelp». Pasienten ble tilkjent erstatning.

I Rt. 1994 s. 588 (Lege-dro) gjaldt saken uaktsomhetsansvar for en legevaktlege. Det ble anført at legevaktlegen hadde unnlatt å treffe nødvendige tiltak for å verne pasienten, som i mangel av tiltakene, påførte seg selv skader med kniv i et forvirringsanfall.³⁹ Høyesterett kom til at legen ikke handlet uaktsomt. Høyesterett fant at legen hadde handlet i tråd med «god vanlig praksis», og kunne dermed ikke bebreide legen for ikke å ha handlet annerledes. Erstatning ble ikke tilkjent.

³⁸ LF-2012-23150.

³⁹ Rt. 1994 s. 588.

Rt. 2005 s. 1050 (Jordmorddommen) er et eksempel på arbeidsgiveransvar overfor en bestemt helseperson. Pasienten anførte at jordmoren kunne bebreides for ikke å ha fanget opp aktuelle symptomer på svangerskapsforgiftning, slik at nødvendige undersøkelser kunne ha blitt foretatt. Manglende undersøkelser ble anført å medføre pasientskade hos barnet.⁴⁰ Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

Sammenligningen av rettspraksis nevnt over, viser at sviktansvaret har fått sitt tilsiktede innhold, i de tilfellene hvor det er en bestemt helseperson involvert med helsehjelpen. Derfor behandles eksempler fra rettspraksis, hvor det er flere helsepersoner involvert.

I Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen) ble erstatningskravet regulert etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Saken gjaldt krav om erstatning for pasientskade på grunn av stråle- og cellegiftbehandling som følge av kreft. Pasienten fikk stråle- og cellegiftbehandling over en ti måneders periode. Dette medførte en pasientskade, hvor pasientens pusteevne og fysiske funksjonsevne var sterkt redusert, og stemmen sterkt svekket. Høyesterett vurderte om gjennomføringen av behandlingen var «adekvat». I dommen vises det ikke til konkrete journaldokumenter som det antas at foreligger. Høyesterett vurderer kun gjennomføringen av behandlingen, som vurderes i forhold til medisinske prinsipper og retningslinjer. De aktuelle helsepersonene som hadde forestått behandlingen, er ikke nevnt i dommen. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

Fra alminnelig erstatningsrett nevnes Rt. 1996 s. 1384 (Hjernesvulst/nerveskade). Saken gjaldt om sykehuset som arbeidsgiver kunne bebreides for ikke å ha stilt riktige diagnoser, og av den grunn ikke sørget for adekvat behandling på et tidligere tidspunkt. Det var flere navngitte leger involvert med helsehjelpen, og pasienten hadde vært innlagt på sykehuset gjentatte ganger over en seks års periode. Pasienten fikk ikke medhold i erstatningskravet,

⁴⁰ Rt. 2005 s.1050 avsnitt 20–22.

da flertallet, på bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger, fant at legene ikke kunne sies å bebreides for helsehjelpen. Mindretallet kom til motsatt konklusjon og mente at legene kunne bebreides for ikke å ha fulgt opp pasienten bedre.

I Rt. 1980 s. 1299 (Ulnaris) var det prinsipale spørsmålet om sykehuset kunne bebreides i forhold til gjeldende rutiner ved sykehuset, og sekundært om personalet kunne bebreides for helsehjelpen, med operasjonen eller med den postoperative behandlingen. Saken gjaldt en pasientskade hvor en nerve i pasientens arm ble skadet under en operasjon, slik at pasienten fikk nedsatt bevegelighet og følsomhet i hånden. Aktsomhetsvurderingen gjaldt operasjonsteamet og en operasjonssykepleier. Flertallet uttalte at de ikke fant noe som kunne vise at sykehuset ikke hadde fulgt rutiner tilsvarende «den vanlige sikkerhetsmessige standard ved norske sykehus».⁴¹

Eksempelene fra rettspraksis omtalt over, viser at arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig overfor pasienter for kumulative feil, selv om hver enkelt skadevolder ikke kan sies å ha vært uaktsomme. Dette er sammenfallende med sviktansvaret. Men for arbeidsgiveransvaret er spørsmålet om sykehuset kan bebreides, eller om noen av helsepersonellet kan bebreides for pasientskaden. Med sviktansvaret er spørsmålet om hvor mange personer som er involvert med helsehjelpen ikke sentralt, nettopp fordi sviktansvaret ikke skal relateres til helsepersonen.

Sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret omfatter også anonyme feil. Som eksempel fra rettspraksis er Rt. 1950 s. 330 (Rengjøringsbyrå/tyveri). Saken gjaldt erstatningskrav for en mistet lommebok, tilhørende en avdød sykehuspasient. Det var enighet om at lommeboken skulle hentes av en ansatt i et firma. Lommeboken ble senere borte og det var på det rene at

⁴¹ Rt. 1980 s. 1299 s. 1306.

man ikke visste hvem fra firmaet som hadde hentet lommeboken på sykehuset. Høyesterett uttaler:

«Det er da uten betydning at det ikke kan fastslås hvem av funksjonærene det var som hentet og tilegnet seg lommeboken. Når "Entreprenør" på denne måten har tatt lommeboken i forvaring, og når firmaet senere ikke har kunnet skaffe den til veie, må det bli ansvarlig for det tap som derved er oppstått.» (s. 330).

Sviktansvaret representerer et annet ansvar enn uaktsomhetsansvaret, fordi sviktansvaret ikke skal relateres til helsehjelpen som handling, som noen skal kunne bebreides for slik som ved uaktsomhetsansvaret. Det uttales i forarbeidene at det med sviktbegrepet menes at «det i behandlingssituasjonen i videste forstand kan ligge elementer som kan utløse et ansvar selv om det ikke er noen spesielt som kan utpekes som «skadevolder»». ⁴²

Ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget for anonyme feil, viser eksemplene fra rettspraksis og en sammenligning av disse, at vurderingen ved sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret blir sammenfallende. Hvilket fremstår som naturlig ut fra lovgivers formål, at sviktansvaret også skal omfatte anonyme feil. Med arbeidsgiveransvaret som ansvarsgrunnlag, vil man i disse tilfellene foreta en vurdering av helsehjelpen, som ved sviktansvaret, fordi man ikke kjenner helsepersonens identitet.

Med helsehjelpen som utgangspunkt, viser sammenligningen over at man får flere tilfeller av helsehjelpen basert på den personelle siden. Det ene typetilfellet er hvor det kan utpekes én bestemt skadevolder, det andre typetilfellet er hvor det foreligger flere skadevoldere, anonyme og kumulative feil.

⁴² NOU 1992: 6 s. 93.

2.4 «ved ytelsen av helsehjelp»

For å få erstatning etter passkl. § 2 første ledd bokstav a, må det foreligge en svikt ved ytelsen av «helsehjelp». I passkl. § 1 andre ledd kan «helsehjelp» forstås som:

«behandling, undersøkelse, diagnostisering, veiledning, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet og donasjon av organer, blod og vev».

Bestemmelsen i passkl. § 1 andre ledd er formulert noe annerledes enn i helselovgivningen. I lov om helsepersonell 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.) § 3 tredje ledd, defineres helsehjelp som «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell».

Ordet «helsehjelp» i pasientskadeloven er valgt for å få samsvar i terminologien i helselovgivningen. Men departementet presiserer at «helsehjelp» i pasientskadeloven har et videre innhold enn definisjonen i helsepersonelloven. Det er begrepet «helsehjelp» som omtalt i passkl. § 1, som skal legges til grunn.⁴³ Helsehjelpen gjelder behandlingsmetoden eller gjennomføringen av behandlingen.⁴⁴

Ved sviktansvaret er det helsehjelpen som skal vurderes, og ikke skadevolder slik som ved uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. Men ved anonyme feil, vil man likevel ved vurderingen av arbeidsgiveransvaret foreta en vurdering av helsehjelpens forløp som nevnt over i punkt 2.3.⁴⁵

⁴³ Ot.prp. nr. 55 (1999–2000) s. 4.

⁴⁴ Rt. 2008 s. 218 avsnitt 37.

⁴⁵ NOU 1992: 6 s. 21–22.

2.5 Vurderingsmomenter hjemlet i pasientskadeloven § 2 andre ledd

Ved vurderingen av om det foreligger «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes», skal det tas hensyn til de krav pasienten med rimelighet kan forvente av helsetjenesten. Ved sviktvurderingen skal det tas særlig hensyn til momenter som er hjemlet i passkl. § 2 andre ledd. Bestemmelsen lyder slik:

«Det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt. Utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard».

Det uttales i forarbeidene om sviktansvaret:

«selv om ansvaret i utgangspunktet objektiviseres, må det forankres i at det har skjedd noe irregulært, og at dette kan føres tilbake til en feil eller handlemåte som burde være annerledes».⁴⁶

Formuleringen om at det må «ha skjedd noe irregulært», kommer til uttrykk i passkl. § 2 andre ledd. Departementet ønsket å skjerpe sviktansvaret sammenlignet med arbeidsgiveransvaret, men likevel slik at handlingene til helsepersonellet «sammenliknes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe».⁴⁷ Rettspraksis⁴⁸ viser at en tilsvarende sammenligning også gjøres ved arbeidsgiveransvaret.

Sammenligningen med «vanlig god praksis» utgjør relevante momenter for vurderingen som følger av passkl. § 2 andre ledd. Et eksempel fra tingretten er TOSLO-2010-196708 som uttaler:

⁴⁶ NOU 1992: 6 s. 65–66.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

⁴⁸ Se eksempelvis Rt. 2005 s. 1050, Rt. 1996 s. 1384, Rt. 1990 s. 768, Rt. 1994 s. 588, Rt. 1991 s. 963.

«Regelen i første og andre ledd må sees i sammenheng. I forarbeidene forutsettes at handlingene til helsepersonell skal sammenlignes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe, jf. Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) side 64. Det må således foreligge et objektivt avvik fra en forventet standard for helsetjenesten, noe som vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet.»

Vurderingstemaet for arbeidsgiveransvaret er gitt i skl. § 2-1. Ved vurderingen av om en handling er uaktsomhet eller forsettlig etter arbeidsgiveransvaret, skal det tas hensyn til «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Formålet med denne bestemmelsen er «få frem at det i seg selv ikke er tilstrekkelig at skaden er voldt uaktsomt eller forsettelig; den må være dette i forhold til vedkommende skadelidte».⁴⁹

For uaktsomhetsansvaret er de rettslige momentene ved uaktsomhetsvurderingen sammenfallende med momentene ved sviktvurderingen i passkl. § 2 ledd, og ved arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1.

For sviktansvaret er ikke vurderingsmomentene i passkl. § 2 andre ledd uttømmende.⁵⁰ Et annet moment som lovgiver fremhever ved vurderingen er ressurser og ressursfordelingen, jf. passkl. § 2 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen sier at «utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard».

Det presiseres i forarbeidene at dersom ressursfordelingen har vært uaktsom, vil det utløse erstatningsansvar.⁵¹ Videre gjelder hvis ressursfordelingen er uaktsom, vil det likevel utløses erstatningsansvar hvis standarden for virksomheten kommer under en viss minstestan-

⁴⁹ Lødrup (2009) s. 208.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

⁵¹ Jf. Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

dard. Dette følger av ordlyden i passkl. § 2 andre ledd om kravet til en «forsvarlig standard».

En bestemmelse om ressurser kommer ikke til uttrykk i ordlyden for arbeidsgiveransvaret, men gjelder likevel som et moment i forhold til de krav skadelidte med rimelighet kan forvente til virksomheten eller tjenesten.⁵² Om vurderingstemaet for arbeidsgiveransvaret uttaler Høyesterett i Rt. 2009 s.1237 (Nordsjødykker):

«Relevante momenter av betydning er bl.a. den generelle skaderisiko på vedkommende område, hvilke økonomiske ressurser som står til myndighetenes rådighet, arten av de skadedes interesser og hvilke muligheter skadelidte hadde til å forsikre seg mot skade.» (avsnitt 89).

Men selv om vurderingsmomentene er tilsvarende likt formulert om sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret, har de et ulikt utgangspunkt idet sviktansvaret ikke stiller krav til uaktsomhet slik som ved arbeidsgiveransvaret, hvor det er et krav om at den skadevoldende handling skyldes uaktsomhet eller forsett.

De rettslige momentene behandles nærmere i oppgavens kapittel 3.

2.6 Oppsummering og vurdering

Sammenligningen viser at sviktansvaret er et annet ansvar enn arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Sammenligningen viser at sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret blir mer sammenfallende når det er flere helsepersonell involvert med helsehjelpen. Ansvarsgrunnlagene synes enda mer sammenfallende i de tilfellene det foreligger anonyme feil og kumulative feil. Sammenligningen ovenfor antyder at pasienter vil kunne få et tilsvarende

⁵² Jf. NOU 1992: 6 s. 22.

likt resultat sett hen til ansvarsgrunnlaget, uavhengig av om det er sviktansvaret eller arbeidsgiveransvaret som legges til grunn ved erstatningskravet i disse typetilfellene.

Sammenligningen viser videre at sviktansvaret, arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret får den tilsiktede forskjellen i de tilfellene hvor det kun er én helsepersonell involvert med helsehjelpen.

Sammenligningen viser at lovgivers formål med sviktansvaret får det tilsiktede innhold ved at sviktvurderingen ligger «nær opp til» uaktsomhetsvurderingen.

3 Rettslige momenter for vurderingen av sviktansvaret

3.1 Innledning

Dette kapitlet vil foreta en sammenlignende fremstilling og vurdering av de rettslige momentene, som er relevante for vurderingen av sviktansvaret med arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. De rettslige momentene fremkommer av passkl. § 2 andre ledd, fra pasientskadelovens bestemmelse om medvirkning og fra helhetsvurderingen som følger av erstatningsrettslig metode. Momentene i oppgaven behandles hver for seg, men ved ansvarsvurderingen veies disse momentene mot hverandre i forhold til den konkrete sak.

De rettslige momentene kan deles inn i tre grupper, hvorav den ene gruppen er forhold på skadelidtesiden, som er pasienten. Den andre er forhold på skadevoldersiden, som er helsepersonellet. Den tredje gruppen er forhold ved den skadevoldende handling, som er helsehjelpen.

3.2 Forhold på pasientens side

Dette kapitlet behandler forhold på pasientens side, hvor de rettslige momentene er utviklet i rettspraksis. Momentene er pasientens forventning til helsehjelpen, informasjonssvikt og samtykke, pasientens «aksept av risiko», pasientens tilstand eller sykdom og pasientens medvirkning.

3.2.1 Pasientens forventning til helsehjelpen

Det er et vilkår i vurderingen av om sviktansvaret foreligger, at det skal tas hensyn til om pasientens rimelige krav til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt, jf. passkl. § 2 andre ledd. Med denne bestemmelsen skal det foretas en objektivisert vurdering, som «knyttes til den faglige standard pasienten med rimelighet kan forvente».⁵³

Pasientens forventning er objektivisert, og bestemmelsen unntar dermed pasientens subjektive forventninger.⁵⁴ Et eksempel er tilfellene hvor pasienten har en oppfatning av hva legen har lovet eller garantert i forhold til helsehjelpen. Det kan være at pasienten har en oppfatning av at legen med den aktuelle helsehjelpen har lovet eller garantert at pasienten blir kurert for sin kroniske sykdom. Pasientens oppfatning er uten betydning for vurderingen.⁵⁵ Vurderingen blir i dette tilfellet hva en normal person ville ha oppfattet dersom vedkommende hadde fått tilsvarende informasjon om behandlingen som pasienten i dette eksemplet fikk. Om pasientens forventninger til helsehjelpen, uttales det i forarbeidene at «de må holdes innenfor det som pasienten med rimelighet bør kunne kreve ut fra det nivå norsk helsevesen befinner seg på til enhver tid».⁵⁶

⁵³ NOU 1992: 6 s. 93.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

⁵⁶ NOU 1992: 6 s. 74.

For arbeidsgiveransvaret er også skadelidtes forventning sentral.⁵⁷ I Rt. 2000 s. 1991 (Stryn skisenter), uttaler Høyesterett:

«Skadepotensialet knytter seg i første rekke til utøvernes egen adferd, og det må kreves at de utviser en høy grad av aktsomhet. Men de må kunne forvente at de ikke møter ekstraordinære risikomomenter uten forvarsel.» (s. 1994).

En vurdering av hva pasienten objektivt sett kan forvente av helsehjelpen i henhold til passkl. § 2 andre ledd, synes å knytte seg til helselovgivningen. Som nevnt i punkt 2.5, er utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger «svikt», å sammenligne helsehjelpen med «vanlig god praksis» innenfor det aktuelle fagområde helsehjelpen er gitt.⁵⁸ «Svikt» vil dermed sies å foreligge i tilfeller hvor «vanlig god praksis» ikke er fulgt. Spørsmålet blir dermed å finne lovgivers mening med uttrykket «vanlig god praksis».

I forarbeidene til pasientskadeloven sies det at vurderingen av «svikt» ved helsehjelpen, ligger nær opptil «adekvat» behandling, hjemlet i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning.⁵⁹ Spørsmålet blir dermed om «vanlig god praksis» har samme innhold som «adekvat» behandling. Forarbeidene viser til uttalelsen om «adekvat» behandling i arbeidsgruppens notat, som uttaler:⁶⁰ «Etter arbeidsgruppens notat har det vært meningen å legge til grunn en forståelse av begrepet som er strengere enn den tradisjonelle, som baserer seg på 'forsvarlighet'». Det uttales videre at «hva som ansees som adekvat behandling vil avhenge av den til enhver tid tilgjengelige medisinske viten».⁶¹

De nevnte uttalelsene tyder på at faglig «forsvarlig» helsehjelp ligger nær opp til «adekvat» behandling i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Spørsmålet blir dermed å

⁵⁷ Lødrup (2009) s. 208.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

⁶⁰ Forarbeidene til de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning.

⁶¹ NOU 1992: 6 s. 40.

finne ut om «vanlig god praksis» har samme innhold som «forsvarlig» helsehjelp. Det vil være av betydning for tolkningen av pasientens objektive forventning hva helselovgivningens bestemmelser sier om «forsvarlig» helsehjelp.

Med lov om pasient- og brukerrettigheter 2. juli. nr. 63. 1999 (pasrl), har pasienten rett til øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp, og pasientene skal gis et «adekvat tilbud» jf. pasrl. § 2-1 bokstav b femte ledd. «Adekvat» behandling i henhold til helseretten kan sies å være de til enhver tid gjeldende rutiner og medisinsk faglige metoder og viten som er anerkjent og som benyttes av helsepersonell. I hlspl. § 4 står det:

«Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig».

Det uttales i forarbeidene til helsepersonelloven at det med kvalifikasjoner siktes til formelle og reelle kvalifikasjoner som utdanning, videreutdanning og erfaring.⁶² Videre uttales det at helsepersonell skal holde seg faglig oppdatert og samarbeide med annet helsepersonell der pasientens behov tilsier det, jf. hlspl. § 4 andre ledd. «Faglig forsvarlig» er en rettslig standard, som innebærer at helsepersonellet ikke skal gå utover sine kvalifikasjoner. Helsepersonellet må selv vurdere om vedkommende har tilstrekkelige kvalifikasjoner.⁶³

Fremstillingen tyder på at «vanlig god praksis» er sammenfallende med «forsvarlig» helsehjelp

⁶² Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 217.

⁶³ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 217.

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) benytter ikke ordet «optimal» helsehjelp for den helsehjelp som skal ytes, da departementet mente at pasientskadeloven med dette ordet ville ha stilt et for strengt krav enn det formuleringen «svikt eller feil» ville medføre.⁶⁴

Pasientens objektive forventning kan dermed sies å ligge innenfor «forsvarlig» helsehjelp og «optimal» helsehjelp.

Pasientens objektive forventning skal også ses i forhold til omstendighetene rundt helsehjelpen.⁶⁵ Dette synes som et naturlig krav, idet pasientskadeloven er gitt et vidt virkeområde, jf. passkl. § 1 første ledd. Helsehjelp kan eksempelvis ytes på velutstyrte sykehus eller av en lege på et offentlig sted uten tilgjengelig utstyr.

3.2.2 Informasjonssvikt og samtykke

Krav om informasjon og samtykke i forbindelse med helsehjelp, er hjemlet i helselovgivningen. Med pasient- og brukerrettighetsloven har pasienten rett til å få nødvendig informasjon fra helsepersonellet før medisinsk behandling ytes, jf. pasrl. § 3-2 første ledd første punktum. Bestemmelsen sier at informasjonen er viktig «for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen». Pasienten har videre en rett på informasjon om «mulige risikoer og bivirkninger» med helsehjelpen, jf. pasrl. § 3-2 første ledd andre punktum. Tilsvarende er hjemlet i hlspl. § 10, hvor helsepersonellet er gitt en plikt til å gi pasienten den nødvendige informasjonen. Helsepersonellet skal dokumentere hvilken informasjon som er gitt i pasientens journal, jf. pasrl. § 3-5 tredje ledd.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 90.

Før helsehjelpen kan ytes, skal helsepersonellet, som hovedregel, få pasientens samtykke til den helsehjelpen som skal ytes, jf. pasrl. § 4-1. Pasientens samtykke er gyldig når pasienten har fått den nødvendige informasjon, jf. pasrl. § 4-1 første ledd andre punktum.

Informasjonssvikt omfattes av sviktansvaret, og det er et krav om at informasjonssvikten er årsak til pasientskaden.⁶⁶ En viktig Høyesterettsdom om informasjonssvikt er Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina). Saken gjaldt en pasient som ble påført en nerveskade i korsryggen under en ryggoperasjon. Spørsmålet var om pasienten kunne sies å ha gitt samtykke til operasjonen, hvis pasienten hadde fått tilstrekkelig informasjon fra legene forut for operasjonen. Spørsmålet ble løst etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Legens informasjonsplikt ble løst med hjemmel i legeloven. Høyesterett kom til at det forelå informasjonssvikt. Spørsmålet ble dermed om informasjonssvikten kunne sies å ha forårsaket skaden.⁶⁷ Høyesterett foretok en tolkning av pasientens hypotetiske samtykke og konkluderte med at pasienten med tilstrekkelig informasjon, ville ha latt seg operere likevel. Erstatning ble ikke tilkjent. Dommen er avsagt under dissens 3-2, vedrørende pasientens hypotetiske samtykke. Mindretallet kom til det motsatte resultat og mente pasienten ikke ville ha samtykket til helsehjelpen med tilstrekkelig informasjon.

Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina) er diskutert i juridisk litteratur i forhold til pasientens selvbestemmelsesrett.⁶⁸ I litteraturen anføres det at man med dommen, har fått to grunnleggende prinsipper som står mot hverandre: autonomiprinsippet i helseretten og årsaksprinsippet i erstatningsretten. Fordi hypotetisk samtykke ikke er tilstrekkelig med pasient- og brukerrettighetsloven, menes det at dette i seg selv representerer «svikt» ved helsehjelpen, fordi pasient- og brukerrettighetsloven krever pasientens samtykke før helsehjelp ytes. På

⁶⁶ Rt. 1998 s. 1538.

⁶⁷ Rt-1998–1538 s 1547.

⁶⁸ Kjønstad (2007) s. 263–266.

den annen side hevdes det at dommen er retningsgivende, fordi retten legger til grunn en konkret sannsynlighetsvurdering.⁶⁹

Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina) er siden lagt til grunn av PSN og underrettspraksis.⁷⁰

I LA-2010-11107 gjaldt saken erstatning på grunn av svikt ved ytelsen av helsehjelp etter passkl. § 2 første ledd bokstav a. Pasienten anførte at skaden var påført ved en operasjon, som pasienten mente ikke å ha fått tilstrekkelig informasjon om. Lagmannsretten viste til Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina) ved sin vurdering av informasjonsplikten og det hypotetiske samtykke. I dette tilfellet kom lagmannsretten til at pasienten ikke ville ha samtykket til operasjonen. Lagmannsretten foretok her en konkret helhetsvurdering av pasientens situasjon og historikk. Erstatning ble tilkjent.

Fra PSN vises det til PSN-2011-559. Saken gjaldt erstatning for følgeskader av en operasjon for mandler, hvor pasienten anførte at det ikke var gitt informasjon om risikoen for de aktuelle følgeskadene før operasjonen. På bakgrunn av sakens dokumenter konkluderte flertallet med at det forelå informasjonssvikt, og at denne var årsak til følgeskaden. Erstatning ble tilkjent fordi flertallet i nemnda fant det mest sannsynlig at pasienten ikke ville ha samtykket til operasjonen hvis tilstrekkelig informasjon hadde vært gitt.

I Rt. 1993 s.1169 (Nervesvulst) gjaldt saken en pasient som ble påført nerveskader som følge av en operasjon av en lungesvulst. Erstatningskravet ble vurdert etter arbeidsgiveransvaret og pasienten anførte at det forelå informasjonssvikt. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning fordi Høyesterett, på bakgrunn av de sakkyndige vurderinger og sakens medisinske dokumenter for øvrig, fant at legen hadde gitt pasienten tilstrekkelig medisinsk

⁶⁹ Aslak Syse. «Helserettslige dommer siden 1985» *Lov og Rett*. 2004 (387-439). s. 399.

⁷⁰ Se PSN-2012-177, LA-2010-11107, LB-2010-5844, PSN-2011-559, LB-2009-192317.

informasjon. Dette selv om pasienten ikke hadde fått kjennskap til mulige skader hvis lungesvulsten viste seg å være en nervesvulst.

Eksemplene fra rettspraksis som nevnt over, viser at momentet informasjonssvikt og samtykke, er relevante vurderingsmomenter som tillegges vekt for ansvarsgrunnlagene og som vurderes konkret i hver sak.

3.2.3 Aksept av risiko

«Aksept av risiko» er et annet relevant moment for vurderingen av sviktansvaret, uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret.⁷¹

«Aksept av risiko» kan som hovedsak sies å foreligge med pasientens gyldige samtykke til helsehjelpen som skal ytes, fordi pasientene i forbindelse med helsehjelpen, får nødvendig informasjon om risiko og komplikasjoner av helsepersonellet forut for helsehjelpen, som nevnt over i punkt 3.2.2. «Aksept av risiko» kan også tolkes ut fra unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd, hvor det er presisert at «det skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd».

«Aksept av risiko» kommer kun direkte til uttrykk i passkl. § 2 tredje ledd, om særlig stor og særlig uventet skade, hvor det står om skaden at den «ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten på akseptere». Unntaksbestemmelsen er en videreføring av de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning § 3 bokstav a. Etter denne bestemmelsen foreligger ikke ansvar dersom skaden er en følge av en risiko som pasienten «må akseptere», forutsatt at behandlingen er adekvat, jf. de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning

⁷¹ Kjønstad (2007) s. 266.

§§ 3 bokstav e og d. Vurderingsmomenter for om risikoen «må aksepteres» er behandlingsindikasjonen, skadens omfang og skadens hyppighet.⁷²

Høyesterettspraksis om denne bestemmelsen viser at dersom behandlingsindikasjonen anses som livsnødvendig, vil pasientskaden bli ansett som utslag av en akseptabel risiko.

Det vises her til Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen), Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen), Rt. 2006 s. 1217 (Angiografidommen) og Rt. 1998 s. 1336 (Strumadommen). Saken i Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen) gjaldt erstatningskravet invalidiserende smerte- og diaréplager, som følge av operasjonsbehandling av en svulst legene feilaktig trodde var kreft. Pasienten anførte at skaden ikke var å anse som en følge av en risiko som «måtte akseptere», jf. de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning § 3 a, jf. § 2. Høyesterett kom til at helsehjelpen var adekvat og at behandlingen måtte anses å være livsnødvendig. Spørsmålet ble løst med argumenter fra forarbeidene til de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, og til pasientskadeloven. Pasientskaden ble ansett å være utslag av en risiko pasienten «måtte akseptere», fordi behandlingen ble ansett som livsnødvendig og fordi påregneligheten for det aktuelle skadeomfanget var liten.⁷³ Dommen er avsagt under dissens 4–1 vedrørende diaréplagen. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

I alminnelig erstatningsrett er «aksept av risiko» en del av læren om risikoplassering: at skadelidte må bære risikoen for skader som kan sies å følge av dagliglivets risiko.⁷⁴ Dette følger også av Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle), som nevnt i punkt 2.2 om «svikt». I Rt. 2005 s. 1714 (Verandarekkverk), nevnt i punkt 2.2 om uaktsomhet, var spørsmålet «om C ved det her beskrevne forhold har voldt As skade ved erstatningsbetingende uaktsomhet, eller om skaden er utslag av dagliglivets risiko – et hendelig uhell».⁷⁵

⁷² Rt. 2008 s. 218 avsnitt 59.

⁷³ Rt. 2011 s. 549 avsnitt 42–45.

⁷⁴ Lødrup (2009) s. 159.

⁷⁵ Rt. 2005 s. 1714 avsnitt 21.

I juridisk teori uttrykkes det: «Jo mer forberedt skadelidte er på risikoen, dess mer kreves det for at skadevolderen kan sies å ha handlet uaktsomt.» På den annen side kan det forventes at skadelidte utviser forsiktighet og omtanke for å unngå skaden.⁷⁶

3.2.4 Pasientens tilstand eller sykdom

Med pasientens tilstand eller sykdom, menes den tilstand eller sykdom hos pasienten som er til stede hos pasienten når helsehjelpen blir gitt. Pasientens tilstand eller sykdom får betydning i forhold til om pasientens skade kan defineres som en pasientskade, jf. passkl. § 1.

Om pasientens tilstand eller sykdom uttales det i forarbeidene om skadetilfeller, hvor skaden er en «nødvendig følge av pasientens grunnsykdom, og følgelig ikke kunne vært unngått», at de skal falle inn under gruppen skadetilfeller som ikke skal utløse erstatningsansvar.⁷⁷ Forarbeidene begrunner dette med at «Det kan ikke være slik at helsevesenet påtar seg en garanti for at sykdommen eller skaden blir helbredet.»⁷⁸ Pasienten er nærmest til å bære risikoen for disse skadene.⁷⁹ Det uttales i forarbeidene at en feildiagnose likevel kan gis rett til erstatning, selv om skaden egentlig må sies å være en følge av grunnsykdommen. En forutsetning er da at en riktig diagnose og behandling ville ha ledet til et annet sykdomsforløp.⁸⁰

Pasientskader som relateres til pasientens grunnlidelse, kan fanges opp av sikkerhetsventilen i passkl. § 2 tredje ledd.

⁷⁶ Lørdup (2009) s. 160–161.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 59.

⁷⁸ NOU 1992: 6 s.74.

⁷⁹ Ot.prp.nr.31 (1998–1999) s. 58.

⁸⁰ NOU 1992: 6 s.53.

At pasientskadeloven har et unntak for skader som skyldes pasientens grunnlidelse, kommer ikke direkte til uttrykk i lovteksten for sviktansvaret. Men følger av forarbeidene som referert over. Unntaket for pasientens grunnlidelse er formulert i lovteksten ved ansvar for skader grunnet smitte eller infeksjon, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav c.

Etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, er det unntak for ansvar dersom skaden «i det vesentlige skyldes pasientens grunnsykdom», jf. de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning § 3 bokstav b.

Betydningen av pasientens grunnlidelse for sviktansvaret er behandlet i rettspraksis⁸¹ og nemndspraksis.⁸²

Som eksempel på om pasientens skade er en pasientskade, eller om skaden skyldes pasientens grunnsykdom, kan nevnes LG-2011-134535. Saken gjaldt en pasient som etter en nakkeoperasjon fikk store nakkesmerter, som var av en annen karakter enn smertene forut for operasjonen. Pasienten hadde noen år tidligere vært utsatt for et arbeidsuhell og fikk påvist diagnosene skivedegenerasjon og spondylose. Pasienten anførte at nakkesmertene hadde sin årsak i operasjonen. Spørsmålet i saken var om pasientens smerter skyldtes operasjonen eller grunnlidelsen. Lagmannsretten fant, på bakgrunn av entydige sakkyndige vurderinger, at smertene hadde sammenheng med grunnlidelsen. Lagmannsretten kunne ikke finne en annen forklaring på pasientens smerter. Lagmannsretten konkluderte ut fra dette at smertene mest sannsynlig skyldes grunnlidelsen. Det forelå dermed ikke en pasientskade og vilkåret for erstatning var ikke til stede.

I Rt. 1998 s. 1336 (Ruptur/inkontinent) gjaldt pasientskaden en inkontinentplage, forårsaket av en totalruptur i endetarmsmuskulaturen, som følge av fødsel. I henhold til de midlertidi-

⁸¹ Se eksempelvis LG-2011–134535.

⁸² Se eksempelvis PSN-2011–370, PSN-2011–1392, PSN-2011–1113, PSN-2011–927 og PSN-2011–886.

ge reglene om pasientskadeerstatning, ble totalrupturen ansett som pasientens grunnsykdom og det forelå dermed ikke en pasientskade.⁸³

I alminnelig erstatningsrett er det et grunnleggende prinsipp om at man skal «ta skadelidte som han er».⁸⁴ Med dette menes at skadevolder i utgangspunktet har risikoen for skadelidtes tilstand eller sykdom, i de tilfellene hvor skadeomfanget blir større enn det ville ha blitt for en normal person. Prinsippet kommer til anvendelse ved vurderingen av årsakssammenhengen mellom skaden og ansvarshendelsen. Høyesterett uttaler sårbarhetsprinsippet første gang i Rt. 1997 s. 1 (Rosnes) på side 8, hvor mindretallet uttaler: «Hovedregelen er da at skadevolder må ta skadelidte som hun er». Mindretallet presiserer videre:

«Forsikringsselskapets ansvar begrenses ikke bare fordi A er mer sårbar enn det store flertall». Dommen er avsagt under dissens, men det er enighet om at utgangspunktet for vurderingen er «å ta skadelidte som hun er.» (s.9).

I juridisk litteratur betegnes prinsippet som «sårbarhetsprinsippet».⁸⁵ Det er tre forutsetninger for å kunne bygge på sårbarhetsprinsippet. Det første kriteriet er at pasienten må være særlig sårbar. Med sårbar siktes det til pasientens tilstand eller sykdom. Det andre kriteriet er at sårbarheten må være latent, og at det ikke har realisert seg før skadetidspunktet. Det tredje kriteriet er at den latente sårbarheten må være realisert av den skadevoldende begivenhet.⁸⁶

Prinsippet er videreført med senere høyesterettspraksis.⁸⁷

⁸³ Rt. 1998 s. 1336 s. 1342.

⁸⁴ Lødrup (2009) s. 333–334 og Morten Kjelland. Særlig sårbarhet i pasientskadeerstatningsretten - en analyse av generelle og spesielle årsaksregler. Gyldendal Norsk Forlag AS 2008 1.utgave, 1. opplag 2008. s. 91.

⁸⁵ Kjelland (2008) s. 17.

⁸⁶ Kjelland (2008) s. 91.

⁸⁷ Kjelland (2008) s. 72.

Sammenligningen over viser at pasientens tilstand eller sykdom vurderes ulikt med svikt-ansvaret og arbeidsgiveransvaret/uaktsomhetsansvaret, en tilsiktet ulikhet.

3.2.5 Pasientens medvirkning

Pasientskadelovens bestemmelse om pasientens medvirkning er hjemlet i passkl. § 4, som viser til skl. § 5-1. Etter denne bestemmelsen kan pasientens erstatning settes ned eller falle bort.

Som medvirkning regnes de tilfeller hvor skaden er medvirket ved skyld eller når pasienten ikke kan sies å ha foretatt seg noe for å redusere eller fjerne risikoen for skade, eller for å begrense skaden, jf. skl. § 5-1. Medvirkning kan føre til at helsehjelpen ikke kan betraktes som svikt eller uaktsom, eller den kan føre til en nedsettelse av erstatningen.

Forarbeidene begrunner bestemmelsen om medvirkning med: «for å gjøre det klart at erstatning ikke ytes i den grad det skyldes pasienten selv at behandlingen ikke ble vellykket.»⁸⁸ Som eksempel vises det til PSN-2010-762, der PNS ber NPE vurdere om pasienten skal få sin erstatning redusert på grunn av medvirkning, fordi pasienten har ventet for lenge med å oppsøke legen på nytt ved manglende bedring av et insektbitt.

Rt. 1989 s. 426 (Nerveskade) gjaldt erstatningskrav med arbeidsgiveransvaret. Saken gjaldt en pasient, som på grunn av en armskade, oppsøkte sykehus for å få behandlet skaden. Såret ble rensset og sydd av en sykepleier, og det ble gjort avtaler om videre oppfølging. Pasienten møtte ikke til den avtalte oppfølgingstime. Dette ble av Høyesterett vurdert som å ha medvirket til skaden. Høyesterett mente pasienten hadde ansvaret for å ordne ny time

⁸⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 92.

selv. Sykehuset hadde i denne saken handlet forsvarlig og pasienten ble dermed ikke tilkjent erstatning.⁸⁹

3.2.6 Oppsummering og vurdering

Sammenligningen viser at de rettslige momentene ved vurderingen for sviktansvaret, arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret er sammenfallende, med unntak av momentet pasientens tilstand eller sykdom.

For sviktansvaret vil en anført skade kunne sies å ha sin årsak i pasientens tilstand eller grunnsykdom. Skaden vil dermed falle utenfor pasientskadelovens virkeområde. Men ved uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret i alminnelig erstatningsrett, kan den anførte skaden være erstatningsberettiget. Ved denne vurderingen vil sårbarhetsprinsippet være av betydning. Sammenligningen viser at forarbeidenes hensikt med å unnta erstatningsansvar for skader som kan relateres til pasientens tilstand eller sykdom legges til grunn i rettspraksis.

Helsepersonellets informasjonsplikt og pasientens samtykke vil også være av betydning for sviktansvaret i forhold til om pasienten kan sies å ha akseptert den aktuelle risiko helsehjelpen representerer. For sviktansvaret synes momentet «aksept av risiko» å falle inn under momentet informasjonssvikt og samtykke.

Momentet «aksept av risiko» får betydning for pasientskader som faller inn under unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd.

⁸⁹ Rt. 1989 s. 426 s. 431–432.

3.3 Forhold på helsepersonellets side

Kapitlet behandler forhold på helsepersonellets side, hvor de rettslige momentene er lover og forskrifter, helsepersonellets kunnskap om risiko eller burde vite om risiko, samt krav til aktsomhet hos helsepersonellet.

3.3.1 Lover og forskrifter

Et vurderingsmoment som er relevant for sviktvurderingen, er om skadevolder har fulgt lover, forskrifter og tilsvarende retningslinjer med den helsehjelpen som ytes. I Rt. 1990 s. 768 (HIV-dommen) uttaler Høyesterett følgende om lov og forskrift for «svikt»:

««Svikt» forutsetter at det ikke er forholdt i samsvar med fastsatte normer, eller at det foreligger en mangel på et område hvor myndighetene hadde mulighet til å påvirke forholdet.» (s.777).

For sviktansvaret anses det som svikt hvis noen av bestemmelsene i helselovgivningen er brutt. Med hjemmel i helsepersonelloven, skal helsepersonell yte helsehjelp i samsvar med de stilte krav til «faglig forsvarlighet» og i tråd med «kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig», jf. hlspl. § 4. Forut for helsehjelpen skal pasientens gyldig samtykke foreligge, og informasjon om helsetilstand, helsehjelp, risiko og komplikasjoner med helsehjelpen, skal være gitt pasienten, jf. pasrl. §§ 3-2 og 4-1. Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina), behandlet i punkt 3.2.2, er et eksempel på at erstatningsansvar kan ilegges hvis informasjonsplikten hjemlet i helselovgivingen er brutt.

Det er også et moment for uaktsomhetsvurderingen og vurderingen av arbeidsgiveransvaret om helsepersonellet har fulgt lover og forskrifter på det aktuelle virkeområdet helsehjelpen gis.⁹⁰ Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen) kan belyse helsepersonellets plikt til journalføring. Saken gjaldt en pasient som fikk stemmebåndsnervene skadet i forbindelse med en

⁹⁰ Lødrup (2009) s. 136–140.

strumaoperasjon. Operasjonsjournalen medførte en bevistvil, som Høyesterett vurderte at måtte gå ut over sykehuset som arbeidsgiver. Om det aktuelle operasjonsnotatet uttaler Høyesterett:

«den beskrivelse som operatøren gir i legejournalen av et foretatt inngrep, og som foreskrevet i någjeldende legelov § 43, er, og må være, av sentral bevismessig betydning når man i ettertid skal forsøke å klarlegge operasjonens forløp og hvilke forholdsregler som ble tatt». (side 681)

Om betydningen av den uklarhet operasjonsjournalen uttaler Høyesterett videre:

«Den bevistvil som dermed foreligger om operasjonen har vært gjennomført på en fullt forsvarlig og aktsom måte må, mener jeg, løses i disfavør av ankemotparten. Jeg viser til det jeg har sagt om legejournalens betydning. Når den sikreste kilde til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punkt, anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet for oppfylt.» (s. 682).

Hvis helsepersonell har brutt lover og forskrifter, viser eksemplene fra rettspraksis at dette tillegges vekt ved ansvarsvurderingen. Hvor stor vekt dette momentet tillegges, avhenger av hvilke lover og forskrifter som er brutt. Dersom kravet til årsakssammenheng er oppfylt, taler det for uaktsomhetsansvar,⁹¹ og for sviktansvar, jf. Rt.1998 s. 1538 (Cauda equina) og Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen).

3.3.2 Kunnskap om en risiko eller burde vite om en risiko

Sviktansvaret er formulert slik at det ikke stilles krav om at noen skal kunne bebreides for den helsehjelp som er gitt. Dette i motsetning til arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret, hvor det skal vurderes om helsepersonellet kan bebreides. Det sentrale for uaktsomhetsvurderingen er om skadeevnen har vært synbar for helsepersonellet. For sviktansvaret er ikke dette subjektive elementet aktuelt, da det er tilstrekkelig å konstatere en svikt ved helsehjelpen.

⁹¹ Kjønsstad (2007) s. 248–249.

Om uaktsomhetsvurderingen av C i Rt. 2005 s. 1714 (Verandarekkverk), nevnt i punkt 2.2, uttaler Høyesterett at det sentrale for aktsomhetsvurderingen av Cs handling er om «risikoen for skade måtte fremstå som synbar for C og derfor påvirke kravene til hans opptreden».⁹²

For sviktansvaret stilles det ikke krav om at noen kan lastes, men det kan synes som at det foretas en aktsomhetsvurdering likevel. Dette fordi man med vurdereringen søker å finne avviket mellom helsehjelpen som er gitt og god vanlig praksis, ved å spørre om pasientskaden kunne eller burde ha vært unngått. Et eksempel som belyser dette er LF-2012–23150. Saken gjaldt en pasient med et lårhalsbrudd. Den medisinske sakkyndige uttalte at turnuslegen «burde» ha fått mistanke om at de medisinske opplysningene og symptomene som forelå, kunne tyde på at pasienten hadde et lårhalsbrudd og ikke en bløtvevsskade. Lagmannsretten legger denne sakkyndiges vurdering til grunn, og turnuslegens manglende videre undersøkelser av pasienten ble ansett som «svikt ved ytelsen av helsehjelp».

Forarbeidene presiserer at «Feilregelen er objektivisert i den forstand at den utelukker subjektive unnskyldningsgrunner.»⁹³ Med dette menes at helsepersonellet ikke kan unnskyldes seg med forhold hos seg selv. Departementet bruker som eksempel at det skal ytes erstatning i tilfeller der en lege har handlet riktig ut fra situasjonen, slik som legen oppfatter den, selv om det viser seg at det er feil, og selv om ingen «kan lastes for misforståelsen».⁹⁴ Forarbeidene forstås dithen at de med uttalelsen viser til situasjoner hvor legen har fått informasjon om pasientens helse fra pasienten selv. I disse situasjonene oppstår det en misforståelse om pasientens tilstand, forårsaket av pasienten selv, som gjør at legens helsehjelp påfører pasienten en skade. Helsehjelpen er riktig, men basert på feil informasjon. Det uttales i forarbeidene at det er helsevesenet som skal ha risikoen i disse tilfellene.

⁹² Rt. 2005 s.1714 avsnitt 21.

⁹³ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

For uaktsomhetsansvaret er også subjektive unnskyldningsgrunner unntatt fra vurderingen, ved at vurderingen av skadevolder er objektiv. Unntak er forhold som alder og sinnssykdom, jf. skl. §§ 3-1 og 1-3 nr. 1.⁹⁵ En lege kan eksempelvis ikke unnskyldes seg med manglende medisinsk kunnskap om helsehjelpen, jf. Rt. 1962 s. 994 (Reservelege). Saken gjaldt reservelegen som ble erstatningsansvarlig for en pasientskade, fordi reservelegen ved utførelsen av operasjonen handlet med manglende kunnskap sett i forhold til operasjonens vanskelighetsgrad.

Sammenligningen viser at sviktansvaret og uaktsomhetsansvaret unntar subjektive unnskyldningsgrunner ved vurderingen.

3.3.3 Krav til aktsomhet

Når helsehjelpen utgjør en stor risiko for skade og komplikasjoner, stilles det et større krav til aktsomhet fra helsepersonellens side.⁹⁶

For sviktansvaret gjøres aktsomhetsvurderingen i forhold til om helsehjelpen er adekvat, og om den er i tråd med «god vanlig praksis», «selv om ingen kan lastes». Om kravet til aktsomhet for sviktansvaret synes normen å ligge et sted mellom «forsvarlig» helsehjelp og «optimal» helsehjelp, nevnt i punkt 3.2.1. Det presiseres i forarbeidene at et krav om «optimal» helsehjelp ville ha vært et for strengt krav.⁹⁷

For pasientskaderetten har det vært spørsmål om det gjelder et strengt profesjonsansvar. I Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen) om arbeidsgiveransvaret, uttaler Høyesterett om aktsomhet for jordmoryrket: «det må gjelde en streng norm i slike situasjoner, hvor

⁹⁵ Lødrup (2009) s. 155–156, Kjønsstad (2007) s. 259-260.

⁹⁶ Lødrup (2009) s. 141 og s. 144.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 31 (1998–1999) s. 64.

risikoen for alvorlig helseskade og død kan være nærliggende.»⁹⁸ I Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen) uttaler Høyesterett om aktsomhetskravet til operasjonslegen:

«Det stilles derfor strenge krav til forsiktighet og årvåkenhet ved utførelsen av strumaoperasjoner for å sikre stemmebåndsnervene mot skade, og ganske særlig når operatøren blir oppmerksom på eller har grunn til å frykte at den ene nervestrengen er blitt skadet». (s. 680)

Om aktsomhetskravet ved uaktsomhetsansvaret for oppreisningserstatning vises til LB-2008–9660, hvor lagmannsretten uttaler:

«Den culpanorm som oppstilles for leger tar utgangspunkt i anerkjente faglige krav til forsvarlig yrkesutøvelse, og må - som for profesjonsutøvere ellers - betegnes som en streng norm. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at det ved praktiseringen av skyldregelen må søkes en rimelig balanse mellom aktsomhetskravet og styrken i erstatningsvernet.»

Om aktsomhetskravet uttaler Høyesterett i Rt. 2009 s. 1237 (Nordsjødykker) om erstatningskrav for personskade, om den milde norm for statens ansvar:

«I forarbeidene til skadeserstatningsloven og i rettspraksis er det forutsatt at det for visse former for offentlig kontroll-, bistands- og servicevirksomhet skal anvendes en mildere aktsomhetsnorm enn den som følger av de alminnelige regler om arbeidsgiveransvar. Bl.a i den nevnte dom inntatt i Rt-1992-453 ble imidlertid en slik mildere norm ikke lagt til grunn».(avsnitt 89)

Høyesterett legger til grunn den alminnelige aktsomhetsnorm.⁹⁹

Rettspraksis viser at kravet til aktsomhet som legges til grunn for sviktansvaret ligger mellom «forsvarlig» helsehjelp og «optimal» helsehjelp. For arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret viser sammenligningen at det legges til grunn en «streng norm».

⁹⁸ Rt. 2005 s.1050 avsnitt 22.

⁹⁹ Rt. 2009 s. 1237 avsnitt 91

3.3.4 Oppsummering og vurdering

Sammenligningen over viser at de rettslige momentene ved forhold på helsepersonellens side er sammenfallende for vurderingen av sviktansvaret, arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret.

For uaktsomhetsansvaret har momentet «kunnskap om risiko eller burde vite om risiko» større relevans og vekt, fordi momentet er sentralt ved vurderingen av om helsepersonellet kan bebreides for den aktuelle helsehjelpen. For sviktansvaret fremstår dette momentet likevel som en del av ansvarsvurderingen, nettopp fordi helsehjelpen «kunne eller burde ha vært» annerledes.

Kravet til aktsomhet synes å være en «streng norm» for uaktsomhetsvurderingen, mens det for sviktansvaret gjelder en nedre grense, som er «forsvarlig» helsehjelp, og øvre grense som er «optimal» helsehjelp. Fordi disse kravene omhandler ulike forhold, synes det vanskelig å se om kravet er sammenfallende.

3.4 Forhold ved helsehjelpen

3.4.1 Innledning

Dette kapitlet behandler forhold ved helsehjelpen, hvor de relevante rettslige momentene som behandles er helsehjelpens nytteevne, skadeevne og skadeomfang, om alternativ helsehjelp, sakkyndige vurderinger og medisinske journaler. Vurderingsmomentene er fremkommet ved langvarig praksis i alminnelig erstatningsrett.

Om sviktansvaret uttales det i forarbeidene at sviktansvaret ligger nært opptil begrepet «adekvat» i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning § 3 bokstav d og e, jf. § 2,

og at det skal være en konkret sett lite egnet behandlingsmåte som skal utløse ansvar.¹⁰⁰ Sviktansvaret er ikke behandlet ved dom av Høyesterett, men Høyesterett har behandlet spørsmålet om en behandling eller undersøkelse er «adekvat». Oppgaven vil se nærmere på om det er en sammenheng mellom Høyesteretts praksis vedrørende tolkningen av «adekvat behandling» og av underrettspraksis tolkning om «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes».

Etter rettspraksis og juridisk teori, er det avviket mellom den helsehjelp som er utført og den «forsvarlige» helsehjelp som er det erstatningsberettigede.¹⁰¹ Vurderingen skal gjøres i forhold til den medisinske kunnskap som forelå på skadetidspunktet.¹⁰² I Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64 presiseres det:

«Dette gjelder enten det er kunnskapen om pasienten eller den medisinske kunnskapen som har blitt bedre mellom det tidspunktet feilen ble begått og det tidspunktet erstatningsspørsmålet avgjøres.»

PSN har i sine vedtak definert sviktansvaret slik: «Med svikt menes at behandlingen ikke har vært i tråd med gjeldende medisinsk faglige retningslinjer og prinsipper på handlingstiden».¹⁰³ PSN presiserer at det er behandlingen, og ikke sluttresultatet som er gjenstand for vurdering. Tilsvarende formulering er også benyttet av lagmannsretten.¹⁰⁴ Dette tyder på at lagmannsretten legger grunn praksis fra PSN, fordi den er fast og konsis, slik Høyesterett tidligere har lagt til grunn for sitt tolkningsresultat, som nevnt over i punkt 1.5.

¹⁰⁰ NOU 1992: 6 s. 94.

¹⁰¹ Lødrup(2009) s.133 og TOSLO-2010–196708.

¹⁰² Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64 og Lødrup(2009) s.147.

¹⁰³ Se PSN-2012–177, PSN-2011–1406, PSN-2011–244, PSN-2011–37.

¹⁰⁴ LG-2011–66251.

Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen) er et godt eksempel på hvordan Høyesterett vurderer om helsehjelpen er «adekvat». Spørsmålet i saken gjaldt om den aktuelle behandling var «adekvat» og om skadene til pasienten skyldes en risiko som var akseptabel, hjemlet i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Pasientens erstatningskrav gjaldt skader pasienten hadde fått, som følge av en omfattende cellegift- og strålebehandling av en meget alvorlig kreftsykdom. Spørsmålet i saken er «om skaden skyldes en behandling fra sykehusets side som må anses som adekvat».¹⁰⁵ Høyesterett behandler først spørsmålet om behandlingen er «adekvat» og deretter spørsmålet om gjennomføringen av behandlingen er «adekvat». Høyesterett viser videre til forarbeidene til de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, og presiserer at en behandling kan være adekvat «selv om det skulle vise seg at annen tilgjengelig behandlingsmåte hadde medført et bedre resultat». I forhold til de sakkyndige uttalelser og medisinske ekspertuttalelser om aktuelle behandlingsalternativer, uttaler Høyesterett at det skal noe til for at domstolene ikke anser behandlingsalternativene som «adekvat», når de sakkyndige har konkludert at de er «adekvat». Når Høyesterett i Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen), vurderer om den aktuelle behandlingen er «adekvat», vurderes flere momenter som er tilsvarende som ved uaktsomhetsansvaret og ved arbeidsgiveransvaret. Relevante rettslige momenter er blant annet helsehjelpens skadeevne, skadeomfang, nytteevne, alternativ behandling og oppofrelsen ved den alternative helsehjelp.¹⁰⁶ Helsehjelpen er den skadevoldende handling og det sentrale for vurderingen for sviktansvaret, arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Nedenfor behandles momentene hver for seg.

3.4.2 Helsehjelpens nytteevne

Helsehjelpens nytteevne er et relevant moment for sviktvurderingen. Nytteevnen kan likestilles med helsehjelpens indikasjon. Med dette menes:

¹⁰⁵ Rt. 2008 s. 218 avsnitt 37.

¹⁰⁶ Kjønstad (2007) kapittel 5.

«Sykdomstegn som motiverer for en bestemt behandling. Ved medikamentell behandling sier man at det eller det medikament er indisert. Ved operativ behandling snakker man om operasjonsindikasjon. Taler forholdene mot behandlingen, sier man at den er kontraindisert».¹⁰⁷

Helsehjelpens nytteevne kan få betydning ved vurderingen av om helsehjelpen er «adekvat». Helsehjelpens nytteevne blir stort sett ansett som meget nyttig, fordi helsehjelpen som hovedregel er i pasientens interesse å motta.¹⁰⁸ I Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen) var det enighet om at det forelå indikasjon for operasjonen. Pasienten hadde en kronisk betennelsestilstand i skjoldbruskkjertelen, som var raskt i vekst og gav pasienten puste- og svelgebesvær. En strumaoperasjon ble ansett som medisinsk nødvendig å foreta.¹⁰⁹

Behandlingsindikasjonen kan i mange tilfeller rettferdiggjøre at man med helsehjelpen tar større risiko enn ellers, som eksempel ved livsnødvendig helsehjelp.¹¹⁰ Etter bestemmelsene i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, ble det gjort unntak for hovedregelen om ansvar for pasientskader som var en følge av en «risiko» som pasienten «måtte akseptere». For pasientskader som oppstod i forbindelse med livsnødvendig «adekvat» behandling, måtte pasienten akseptere en større risiko for skade enn andre pasienter. Vurderingstemaet er i disse tilfellene indikasjonsstillingen, skadehyppighet og skadens omfang.¹¹¹ Dersom skadeomfanget er uforholdsmessig stort sett i forhold til indikasjonsstilling og skaderisiko, gis det erstatning. Som eksempel kan nevnes saken i Rt. 2011 s. 549 (Tollefsen). Saken gjeldt pasienten, som hadde fått invalidiserende smerte- og diaréplager som følge av operativ behandling av en svulst, som legen feilaktig trodde var

¹⁰⁷ <http://snl.no/indikasjon/medisin>.

¹⁰⁸ Kjønstad (2007) s. 252.

¹⁰⁹ Rt. 1989 s. 674 side 676.

¹¹⁰ Rt. 2011 s. 549 avsnitt 42–45.

¹¹¹ NOU 1992: 6 s. 39. Se Rt. 2011 s. 549 avsnitt 37, Rt. 2008 s. 218 avsnitt 59, Rt. 2006 s. 1217 avsnitt 35–37.

en svulst. Spørsmålet i saken er om pasientens skader skyldtes en kjent risiko som pasienten måtte akseptere.¹¹² Høyesterett legger avgjørende vekt på behandlingsindikasjonen, i tråd med forarbeidenes formål med bestemmelsen. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning. Behandlingsindikasjonen ble det avgjørende moment for ansvarsvurderingen, idet den ble ansett som livsnødvendig.¹¹³

Helsehjelpens nytteevne har også betydning i forhold til arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. I alminnelig erstatningsrett omtales nytteevnene som en del av rettsstridslæren, hvor nytteevnen avveies mot handlingens skadeevne, som utgangspunkt for aktsomhetsvurderingen.¹¹⁴ Rettspraksis fra pasientskaderetten viser at Høyesterett kort stadfester at behandlingsindikasjonen foreligger med den aktuelle helsehjelp.¹¹⁵

Sammenligningen viser at helsehjelpens nytteevne som moment for ansvarsvurderingen er et relevant moment, som veies mot de andre relevante momentene ved helsehjelpen, som skadeomfang og skadeevne.

3.4.3 Helsehjelpens skadeevne og skadeomfang

Helsehjelpens skadeevne er et relevant moment ved vurderingen av ansvarsgrunnlagene. Med helsehjelpens skadeevne menes den risiko eller sannsynlighet for at pasientskade skal inntre med helsehjelpen. Helsehjelpens skadeomfang viser til den potensielle skades størrelse. Skadeevnen kan defineres som produktet av sannsynligheten for at en skade vil inntre, og hvor stor skaden eventuelt vil være.¹¹⁶ Helsehjelpens farlighet er dermed av betydning. Helsehjelpen kan være av ulik art, som fra en konsultasjon hos allmennlegen for

¹¹² Rt. 2011 s. 549 avsnitt 32–38.

¹¹³ Rt. 2011 s. 549 avsnitt 42. Se også Rt. 2008 s. 218 og Rt. 2006 s. 1217.

¹¹⁴ Lødrup (2009) s. 166, Kjønstad (2007) s. 251–252

¹¹⁵ Rt. 1989 s. 674 s.676.

¹¹⁶ Lødrup (2009) s.141 og Kjønstad (2007) s. 250.

undersøkelse av et vondt kne, til en operasjon av et komplisert ankelbrudd eller en operasjon for en hjertelidelse. Kravene til forsvarlig utførelse av helsehjelpen er forskjellig i de nevnte tilfellene.

Fra pasientskaderetten og de midlertidige reglene, er Rt. 2008 s. 218 (Sarkomdommen) et eksempel på helsehjelpens skadeevne. Om skadeevne og skadeomfang uttaler Høyesterett: «risikoen for alvorlige bivirkninger var betydelige i dette tilfellet, og at blindhet på det ene øyet var en mulighet man måtte regne med»¹¹⁷. Risikoen for de de øvrige skader som pasienten hadde fått, ble av Høyesterett ansett som meget liten. Behandlingsindikasjonen ble ansett som livsnødvendig, hvilket ble det avgjørende moment ved ansvarsvurderingen. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

Fra alminnelig erstatningsrett er det slik at jo større skadeevnen og skadeomfanget er, jo større aktsomhet kreves det av helsepersonellet.¹¹⁸ Om kravet til aktsomhet hos operasjonslegen uttaler Høyesterett i Rt. 1989 s. 674 side 680 (Strumadommen) at «Det stilles derfor strenge krav til forsiktighet og årvåkenhet ved utførelsen av strumaoperasjoner».¹¹⁹ I denne saken var skadeevnen stor og inngrepet spesialisert. Om skadeevnen til den aktuelle operasjonen uttaler Høyesterett at den er: «et spesialisert inngrep, med en viss risiko for å skade pasienten».¹²⁰ Risikoen for den type nerveskade som pasienten fikk, kunne forekomme hos mellom 2-4 % ved slike strumaoperasjoner. Høyesterett uttaler videre om risikoen for den aktuelle skade at «Dobbeltsidige og permanente skader betegnet som meget sjeldne, eller høyst uvanlige.»¹²¹ Høyesterett la til grunn operasjonsbeskrivelsen, skaderisikoen og de

¹¹⁷ Rt. 2008 s. 218 avsnitt 47.

¹¹⁸ Lødrup (2009) s.144.

¹¹⁹ Rt. 1989 s. 674 s. 680.

¹²⁰ Rt. 1989 s. 674 s. 679.

¹²¹ Rt. 1989 s. 674 s. 680.

strengt kravene til legens aktsomhet som viktige momenter for vurderingen av ansvarsgrunnlaget. Pasienten ble tilkjent erstatning.

3.4.4 Alternativ helsehjelp

Et moment for sviktvurderingen er alternativ helsehjelp. Når helsepersonellet står overfor behandling av pasienter, kan det i mange tilfeller være flere behandlingsalternativer som fremstår som aktuelle for behandling av pasientens tilstand. Vurderingen blir dermed om helsepersonellet kunne eller burde handlet annerledes. I vurderingen tas det også hensyn til oppførelsen ved en alternativ handlemåte.

Som eksempler kan nevnes pasientskader som har oppstått i forbindelse med fødsel, hvor behandlingsalternativene er om fødsel skal skje med operativ behandling eller ikke.¹²² Ved kreftbehandling kan spørsmålet være om den aktuelle behandlingsmetoden er en korrekt behandling for den aktuelle kreftdiagnosen.¹²³

I LF-2010-149413 gjaldt saken pasientskade hos et nyfødt barn, som fikk hjerneskade grunnet en bakteriell infeksjon. Barnet ble innlagt på sykehus for behandling av infeksjonen da det var noen dager gammelt. Spørsmålet i saken var om det var «svikt ved ytelse av helsehjelp» at barnet ikke ble undersøkt på nytt to timer etter den første legekonsultasjonen, slik at barnet med dette kunne ha fått medisinsk behandling flere timer tidligere enn på det faktiske tidspunkt. Lagmannsretten legger vekt på den ene sakkyndige leges uttalelse, om at fastlegen ved første konsultasjon skulle ha lagt vekt på morens opplysninger om barnet, da disse opplysningene ville vært viktig for fastlegens vurdering av tidspunktet for en ny konsultasjon kort tid etter.

¹²² Rt. 2005 s. 1050, Rt. 1998 s. 1336, Rt. 1996 s. 1384, Rt. 1991 s. 963.

¹²³ Rt. 2008 s. 218.

Alternativ helsehjelp i denne saken var å se barnet på et tidligere tidspunkt for en ny medisinsk vurdering. Lagmannsretten fant at barnet med sannsynlighetsovervekt ville ha fått redusert skadeutviklingen dersom legen hadde vurdert barnets helsetilstand annerledes ved den første konsultasjonen.

Fra alminnelige erstatningsrett vises det til Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen) og Rt.1996 s.1384 (Hjernesvulst/nerveskade). Saken i Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen) gjaldt et erstatningskrav for hjerneskader påført barnet som følge av en akutt svangerskapsforgiftning med krampeanfall hos mor A forut for fødsel. Spørsmålet i saken var om jordmoren hadde handlet uaktsomt ved et hjemmebesøk hos A, eller om kommunens servicetilbud var uforsvarlig innrettet. Sakens hovedspørsmål er om jordmoren burde ha oppfattet faresignaler ved As helsetilstand ved hjemmebesøket, og hva hun i tilfelle burde ha oppfattet. Pasienten anførte at jordmoren burde ha oppfattet faresignaler hos pasienten og at jordmoren derfor skulle ha henvist pasienten videre til ytterligere undersøkelser. Høyesterett la til grunn begivenhetsnære bevis, og jordmorens journal fikk dermed stor vekt.¹²⁴ Jordmorens journal inneholdt nedtegnelser av jordmorens vurdering av A, og Høyesterett fant på bakgrunn av denne at jordmoren ikke hadde utvist uaktsomhet når hun ikke oppfattet faresignaler ved As helsetilstand.

I Rt. 1996 s.1384 (Hjernesvulst/nerveskade) er spørsmålet om sykehuset var erstatningsansvarlig på grunn av manglende oppfølging av skader pasienten fikk som følge av kreftbehandling av hjernesvulst. Ved kreftbehandlingen ble pasienten påført en nerveskade i forbindelse med et innstikk av et kateter i lysken, hvor medisinen skulle gis. Pasienten fikk vedvarende smerter i lysken, som seks år senere ble diagnostisert som en nerveskade. Spørsmålet i saken var om helsepersonellet kunne eller burde ha oppdaget årsaken til smertene og nerveskaden på et tidligere tidspunkt. Hvis helsepersonellet hadde

¹²⁴ Rt. 2005 s. 1050 avsnitt 28.

det, kunne de foretatt bestemte undersøkelser på et tidligere tidspunkt, og dermed redusert pasientens skadeomfang og behandlingsbehov. Dommen er avsagt under dissens 4-1. Flertallet fant at sykehuset ikke var å bebreide og erstatning ble ikke tilkjent. Mindretallet vektla de sakkyndiges vurdering annerledes, og mente at sykehuset var å bebreide på grunn av den manglende oppfølging av de skader pasienten fikk ved den aktuelle medisinsbehandling. Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

I Rt. 1991 s. 963 (Fødselsskade) var spørsmålet om sykehuset kunne bebreides for fødselshjelpen som ble gitt. Ett av spørsmålene i saken var om barnet skulle ha blitt forløst ved keisersnitt, som alternativ behandlingsmetode. Høyesterett kom enstemmig til, på bakgrunn av de sakkyndiges uttalelser om «vanlig god praksis», at det ikke var uforsvarlig at keisersnitt ikke ble foretatt på det aktuelle tidspunktet. Det var derfor ikke utvist noe uforsvarlig forhold fra helsepersonellens side angående valg av forløsningsmetode.¹²⁵

3.4.5 Sakkyndige vurderinger og medisinske journaler

Et moment for sviktansvarsvurderingen, er de sakkyndiges vurderinger og uttalelser. De sakkyndige vurderinger er relevante og vektige momenter for vurderingen av om helsehjelpen er adekvat og i tråd med vanlig god praksis. De sakkyndiges uttalelser kan si noe om behandlingsindikasjonen, behandlingsmetode, gjennomføringen av behandlingen, om behandlingens komplikasjoner og om mulige årsakssammenhenger i forhold til den pasientskade som har oppstått med den helsehjelpen som er gitt. De sakkyndige vurderingene vurderes konkret i den enkelte sak.

¹²⁵ Rt. 1991 s. 963 s. 967.

Medisinske journaler er juridisk viktig for klarlegging av den konkrete helsehjelpen og for vurderingen av om det kan etableres et ansvarsgrunnlag. De medisinske journalene danner også grunnlag for de sakkyndiges vurdering av den konkrete helsehjelpen.

Retten foretar selvstendige vurderinger sett i forhold til de sakkyndige vurderinger, men det skal noe til før Høyesterett går imot de sakkyndiges vurdering.¹²⁶ I saker hvor de sakkyndige er enige, er ofte Høyesteretts vurdering sammenfallende med de sakkyndiges vurdering. I saker hvor de sakkyndige er uenige kan det variere hvilken sakkyndigvurdering Høyesterett vektlegger og konkluderer med.

I Rt. 1996 s. 1384 (Hjernesvulst/nerveskade) var de sakkyndige for Høyesterett enige om at det var vanskelig å stille sikre diagnoser ved mer ubestemte smerter i lyskere regionen, noe som kunne tale for aktsomhet. De sakkyndige uttalte videre at det kunne ha vært utført billeddiagnostikk på et tidligere tidspunkt, hvilket kunne tale for uaktsomhet. I denne saken vektla flertallet og mindretallet de sakkyndiges vurdering ulikt.¹²⁷ Pasienten ble ikke tilkjent erstatning.

LF-2012-23150 omhandler erstatningskrav for anført pasientskade, hvor pasienten måtte få hofteprotese som følge av forsinket og manglende behandling av et lårhalsbrudd. Pasienten fikk medhold i sitt erstatningskrav. Lagmannsretten la avgjørende vekt på en sakkyndig leges vurdering, som fant at turnuslegen burde ha fått mistanke om at pasientens smerter skyldtes brudd. Denne sakkyndige mente at turnuslegen i dette tilfellet ikke hadde fulgt medisinske retningslinjer og prinsipper, noe lagmannsretten la avgjørende vekt på. Dette fordi vurderingen også ble ansett som mer detaljert og opplysende enn den andre

¹²⁶ Rt. 2008 s. 218 avsnitt 37.

¹²⁷ Rt. 1996 s. 1384 s. 1391.

sakkyndige vurderingen. Den andre sakkyndige vurdering ble ikke tillagt vekt, selv om de sakkyndige var to erfarne ortopeder, som konkluderte med det motsatte.

I Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen) representerte journaldokumentet en bevistvil som Høyesterett mente måtte gå utover sykehuset som arbeidsgiver, og pasienten ble tilkjent erstatning. Operasjonslegens journalnotat var uklar om operasjonsforløpet. Høyesterett uttaler at «Når den sikreste kilde til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punkt, anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet for oppfylt».¹²⁸

3.4.6 Oppsummering og vurdering

Sammenligningen viser at de rettslige momentene ved helsehjelpen for å etablere ansvar etter sviktansvaret, arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret er sammenfallende. Momentene vurderes konkret i hver enkelt sak. Det at de rettslige momentene er sammenfallende for ansvarsgrunnlagene, synes å være i samsvar med det formål og den tolkning for sviktansvaret som forarbeidene legger til grunn, nevnt innledningsvis under punkt 2.1, om at vurderingen av sviktansvaret teknisk sett skjer på samme måte som etter uaktsomhetsregelen.

Sammenligningen viser at det for sviktansvaret foreligger «adekvat» behandling der behandlingen kan sies å ligge innenfor rammen av «forsvarlig» og «optimal» behandling.

Sammenligningen viser at rettspraksis fra saker om ansvarsgrunnlagene, tillegger de medisinske sakkyndiges vurderinger tilsvarende lik vekt. Retten foretar en selvstendig vurdering, men i tilfellene hvor de sakkyndige vurderinger konkluderer likt i forhold til den

¹²⁸ Rt. 1989 s. 674 s. 682.

konkrete helsehjelpen, vil retten legge avgjørende vekt på disse vurderingene. I motsatt fall kan retten vektlegge de sakkyndiges vurderinger ulikt, slik at det kan resultere i en dissens.

Dersom journaldokumentene for helsehjelpen er uklare om de faktiske forhold, viser sammenligningen at dette kan medføre erstatningsansvar.

4 Sviktansvaret og de objektive ansvarsgrunnlagene

I dette kapitlet foretas det en sammenligning av sviktansvaret med objektive ansvarsgrunnlag i pasientskadeloven og i alminnelig erstatningsrett.

Passkl. § 2 første ledd bokstav b, hjemler et rent objektivt ansvar for pasientskader som forårsakes av «teknisk svikt ved apparat, redskap eller annet utstyr som er brukt ved ytelsen av helsehjelp». Det kreves at det foreligger en teknisk svikt, hvilket vil si en svikt med den tekniske innretningen. Ansvarsgrunnlaget er tilsvarende som i den alminnelige erstatningsrett.¹²⁹ Et eksempel er produktansvarsloven, hvor ansvar etableres for produsenten dersom «hans produkt volder» skade.¹³⁰ Bestemmelsen om teknisk svikt i pasientskadeloven er en videreføring av reglene i de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning § 2.¹³¹ Om begrunnelsen uttaler forarbeidene: «En god begrunnelse er at det bare er en regel om objektivt ansvar som gir den som bruker maskinen både et godt insitament til å sikre den med kjente metoder og utvikle nye sikringsmetoder».

Med passkl. § 2 første ledd bokstav c, kan det ytes erstatning for pasientskader som skyldes smitte eller infeksjon. En forutsetning for dette er at smitten eller infeksjonen ikke skyldes pasientens tilstand eller sykdom, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav c. Begrunnelsen for an-

¹²⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 65.

¹³⁰ Lov om produktansvar 23.des 1988 nr. 104.

¹³¹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 65-66.

svarsgrunnlaget er blant annet prosessøkonomiske hensyn og hensynet til at det ved disse skadene kan være vanskelig å avgjøre om det har vært tatt tilstrekkelige forholdsregler.¹³² Passkl. § 2 første ledd bokstav d gir ansvarsgrunnlaget for vaksinasjoner som årsak til en pasientskade. Begrunnelsen for bestemmelsen er at lovgiver fant det rimelig at det offentlige bærer den økonomiske risikoen ved vaksinasjoner, fordi vaksinasjon hindrer spredning av farlige sykdommer.¹³³ Prevensjonshensyn overfor pasienten og samfunnet.

Sviktansvaret sammenlignet med pasientskadelovens objektive ansvar, viser at det er bestemmelsen i passkl. § 2 andre ledd og begrepet «svikt» som medfører at sviktansvaret er objektivisert. For de rene objektive ansvarsvurderingene gjøres det en vurdering av om det foreligger årsakssammenheng mellom skaden og ansvarshendelsen, i motsetning til sviktansvaret hvor det også skal foretas en vurdering av en rekke rettslige momenter som nevnt i kapittel 3.

For det ulovfestede objektive ansvaret i alminnelig erstatningsrett, er problemstillingen «hvem som er nærmest til å bære det økonomiske tapet som følger av et hendelig uhell».¹³⁴ Vurderingsmomentene er relatert til risikoen, om risikoen har fremstått som stadig, typisk og ekstraordinær. Risikobetraktninger og interesseavveininger er sentralt ved vurderingen om ulovfestet objektivt ansvarsgrunnlag.¹³⁵ Det erstatningsrettslige vernet er et tungtveiende argument hvis skaden er uventet og upåregnelig for den skadelidte.¹³⁶

I Rt. 2003 s. 1546 (Lund) gjelder saken As erstatningskrav på ulovfestet objektivt grunnlag overfor en tobakksprodusent på grunn av lungekreft forårsaket av langvarig daglig røyking. Spørsmålet i saken var blant annet om når A kunne sies å ha fått kunnskap om den

¹³² Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 66.

¹³³ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 68.

¹³⁴ Asbjørn Kjønstad. «Ulovfestet objektivt ansvar». *Tidsskrift for erstatningsrett*. 2004 s. (99–122) s.100.

¹³⁵ Rt. 2009 s. 1237 avsnitt 62 og Rt. 1992 s. 644 s. 79.

¹³⁶ Rt. 2003 s. 1546 avsnitt 46.

helserisiko røyking medførte, slik at A ikke lenger kunne sies å være uvitende om helserisikoen, og at dette ikke lenger kunne være upåregnelig for A.¹³⁷

Sammenlignet med sviktregelen kan påregnelighetsmomentet sammenholdes med momentet «aksept av risiko» ved forhold på pasientens side. Som nevnt i punktene 3.2.2 og 3.2.3, vil «aksept av risiko» kunne sies å foreligge med pasientens samtykke til helsehjelp, basert på legens informasjonsplikt. Pasienten vil med det sies å ha kunnskap om den risiko for skade handlingen kan medføre. Risiko for skade kan dermed anses som påregnelig for pasienten.

I forhold til sviktansvaret, kan risikobetraktninger for ulovfestet objektivt grunnlag tilsvare momentet helsehjelpens skadeevne og skadeomfang. Et eksempel er Rt. 1992 s. 64 (P-pille-dom II). Saken gjaldt om en legemiddelprodusent var objektivt ansvarlig overfor A, for de skader A fikk som følge av p-pillebruk. A fikk hjernetrombose, ble lam og mistet taleevnen. Om skadeevnen og skadeomfanget uttaler Høyesterett: «Det er en forsvinnende liten andel av brukerne som rammes, men konsekvensene for de som rammes kan bli katastrofale».¹³⁸ Skadeevnen og skadens omfang var stor. Skadelidte ble tilkjent erstatning på objektivt grunnlag.

Sviktansvaret og ulovfestet objektivt ansvar har sammenfallende momenter, som risikobetraktninger og påregnelighet. Disse momenter kan relateres til forhold ved helsehjelpen, til pasienten og til helsepersonellet.

¹³⁷ Rt. 2003 s. 1546 avsnitt 46.

¹³⁸ Rt. 1992 s. 64 s.79.

5 Beviskrav og bevisvekt

Når momentene for ansvarsvurderingen er behandlet i forhold til sakens faktum, og helhetsvurderingen gjenstår, er det spørsmål om hvilken styrke bevisene skal ha.

Rettspraksis om sviktansvaret fra lagmannsretten, kan tyde på at retten legger til grunn et svakere beviskrav enn det som legges til grunn for arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Beviskravet for sviktansvaret formuleres i rettspraksis og nemndspraksis som «mest sannsynlig» eller «sannsynlig». For uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret, formuleres beviskravet som «rimelig sannsynlighetsovervekt» eller «overveidende sannsynlig».

Om beviskrav for arbeidsgiveransvaret uttaler Høyesterett førstvoterende i Rt. 1989 s. 674 (Strumadommen):

«Som det er fremholdt i avgjørelsen i Rt-1980-1299, har spørsmålet om hvilke beviskrav som her skal stilles, to sider som henger nøye sammen. Man må for det første finne en rimelig overvekt av sannsynlighet for at det påståtte skadegjørende forhold har ført til den skaden som det kreves erstatning for, altså for årsakssammenheng. Dernest må det foreligge en rimelig sannsynlighetsovervekt for at forholdet med rette kan betegnes som uaktsomt». (s. 679)

Førstvoterende uttaler videre:

«fordi de faktiske omstendigheter ofte ikke lar seg oppklare, og det for pasienten ofte kan være vanskelig å fremskaffe bevis, bør det ikke oppstilles for strenge krav til bevisets styrke».

Førstvoterende legger denne betraktningen til grunn for sin vurdering.

I Rt. 1996 s. 1384 (Hjernesvulst/nerveskade) på side 1394 uttaler dissenterende dommer at «Jeg legger etter dette til grunn at det må anses overveiende sannsynlig at de handlinger/unnlater jeg har funnet å være ansvarsbetingende har påvirket skaden».

I forarbeidene til pasientskadeloven uttales det at man med de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning, la til grunn et beviskrav formulert som «mest sannsynlig».¹³⁹ Det uttales også i forarbeidene at «Videre er det slik at kravene til bevisets styrke må tilpasses partenes 'bevisposisjoner'- bevisvurderingen vil ta hensyn til dem».¹⁴⁰ Forarbeidene viser til forarbeidene til produktansvarsloven og det presiseres at dette også gjelder pasientskader. Fra forarbeidene refereres følgende:

«Beviskravene må derfor avpasses etter de faktiske muligheter for å føre bevis, dog uten at sannsynliggjørelsen svekkes så sterkt at man kommer i fare for å gi erstatning til personer hvis sykdom ikke er påvirket av produktet». (s.70)

Ved ansvarsvurderingen foretas det en bevisvekting av pasientens medisinske journaler og partenes forklaringer. Bevisene kan være sammenfallende eller motstridene. Om dette forholdet har Høyesterett uttalt i Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen) at:

«særlig viktig ved bevisbedømmelsen vil være nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenhet eller det forhold som klarlegges, og da spesielt beskrivelser foretatt av fagfolk nettopp for å få klarlagt en tilstand».¹⁴¹

På bakgrunn av dette legger Høyesterett avgjørende vekt på jordmorens journaldokument og finner det ikke sannsynliggjort at jordmoren hadde blitt informert om andre lidelser eller symptomer enn magesmertene slik som pasienten og pasientens søster har avgitt forklaring om. Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen) viser til Rt. 1998 s. 1565 (Lie). Her uttaler Høyesterett på side 1570, at man på grunn av vektlegging av begivenhetsnære nedtegnelser legger mindre vekt på opplysninger fra parter eller vitner som er gitt etter at tvisten har oppstått. Høyesterett presiserer at hvis disse opplysningene i tillegg gir motstrid eller er forskjellig fra det de begivenhetsnære bevis gir, skal opplysningene fra parter eller vitner tillegges mindre vekt.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 69.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 70.

¹⁴¹ Rt. 2005 s. 1050 avsnitt 26.

Vekting av bevis, som nevnt over, er fulgt opp av etterfølgende retts- og nemndspraksis.¹⁴² Om bevisvekting for sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret uttaler lagmannsretten at det legges «stor vekt på de begivenhetsnære nedtegnelser i As journal».¹⁴³

I praksis fra PSN kan kravet til tidsnære bevis være formulert slik:

«I henhold til dom fra Høyesterett (Rt-1998-1565) skal skriftlige nedtegninger og tidsnære bevis tillegges sterkere vekt enn etterfølgende forklaringer fra parter og involverte i saken. Nemnda vil derfor i den følgende vurderingen legge avgjørende vekt på journalopplysningene».¹⁴⁴

Sammenligningen tyder på at beviskravet som legges til grunn for sviktansvaret er svakere enn beviskravet som legges til grunn for arbeidsgiveransvaret. Forarbeidenes uttalelse viser at beviskravets styrke kan variere, men at beviskravet med formuleringen «mest sannsynlig» synes å være et utgangspunkt for bevisvurderingen. Sammenligningen tyder på at beviskravet med formuleringen «mest sannsynlig» gir sviktansvaret den tilsiktede lavere ansvarsterskel sammenlignet med arbeidsgiveransvaret.

Rettspraksis fra Høyesterett, lagmannsrett og pasientskadenemnda viser at tidsnære bevis har stor vekt ved vurderingen av sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret. Spesielt i de tilfellene hvor det foreligger motstridene faktum.

¹⁴² Se PSN-2011–1005, PSN-2011–355, PSN-2011–37, PSN-2010–1070.

¹⁴³ Se LG-2010–56030 og LG-2003–21130.

¹⁴⁴ Se PSN–2011–459, PSN-2011–355, PSN-2011–62, PSN–2010–1322.

6 Vurdering av sviktansvaret med ansvarsgrunnlagene i alminnelig erstatningsrett

6.1 Sammenfallende vurderingsmomenter

Oppgavens sammenlignende fremstilling av sviktansvaret med uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret, viser at de tre ansvarsgrunnlagene har flere sammenfallende rettslige vurderingsmomenter. Sammenligningen viser med det at vurderingen av sviktansvaret kan sies å ligge «nær opp til» vurderingen for arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret, slik som forarbeidene presiserer om sviktansvarets formål.

Ved vurderingen av om det foreligger «svikt eller feil» ved ytelsen av helsehjelp, uttales det i forarbeidene at det skal foretas en tilsvarende vurdering som skjer etter uaktsomhetsregelen.¹⁴⁵ Det presiseres i NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader på side 93: «Det betyr også at man i en del tilfeller ikke kommer utenom vurderinger som ligger nær opp til de som ligger til grunn for en uaktsomhetsbedømmelse».

Sammenligningen viser at dette også fremkommer i rettspraksis. Momentene vurderes konkret i hver enkelt sak, og får dermed ulike betydning og vekt i forhold til de øvrige relevante momentene som vurderes.

Sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret fremstår som sammenfallende ansvarsgrunnlag, fordi lovgiver har gitt ansvarsgrunnlagene en tilsvarende lik utforming av ansvarsgrunnlagenes lovbestemmelser. Dette kan fremstå som noe overraskende hvis man kun ser hen til ordlyden for begge ansvarsgrunnlagene. Sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret blir i stor grad sammenfallende, fordi de rettslige momentene er tilsvarende like. Graden av sammenfallenhet synes å øke i de tilfellene hvor det er flere helsepersonell involvert og i de tilfellene hvor det foreligger anonyme eller kumulative feil, hvor likheten er størst i tilfelle-

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

ne med anonyme feil. Men fordi man med dokumentasjonsplikten for helsepersonell, får identifisert helsepersonellet som er involvert med helsehjelpen, vil tilfellene med anonyme feil fremstå som mindre aktuell. Men det kan tenkes tilfeller hvor pasientskaden likevel kan relateres til anonyme feil ved helsehjelpen. Dette kan være situasjoner hvor dokumentasjonsplikten ikke omfatter helsepersonellet og helsehjelpen som svikten relateres til.

Hvor helsehjelpen ytes av én helseperson, er det et krav ved uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret, at denne kan bebreides for helsehjelpen. Forskjellen mellom sviktansvaret og arbeidsgiveransvaret fremstår med det som forventet ut fra lovteksten for sviktansvaret.

Sammenligningen viser at pasientens tilstand og sykdom tillegges betydning for sviktansvaret. Disse skadene er ikke vernet av pasientskadeloven og dennes ansvarsgrunnlag. Dette i motsetning til ansvarsgrunnlagene i alminnelig erstatningsrett, hvor prinsippet om sårbarhet medfører at pasienten kan tilkjennes erstatning.

Det fremstår som vanskelig å vurdere om kravene til aktsomhet for ansvarsgrunnlagene er sammenfallende, fordi kravene rettes mot ulike forhold. Mot helsehjelpen for sviktansvaret og mot helsepersonellet for arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Dette forsterkes ved at kravet til aktsomhet betegnes som en «streng norm» i alminnelig erstatningsrett, og som mellom «forsvarlig» og «optimal» for sviktansvaret. Rettspraksis kan tyde på at man ved ansvarsgrunnlagene stiller spørsmål om helsepersonellet «burde» ha gjort noe annerledes, selv om dette ikke er et ved sviktansvaret. Lovgiver presiserer i forarbeidene av sviktansvaret skal ha en lavere ansvarsterskel. Dette kan indikere at en «streng norm» representerer et strengere krav enn det «forsvarlig» og «optimal» utgjør. Rettspraksis fra underretten viser at den lavere ansvarsterskel er et relevant argument som tillegges vekt.

Lovgiver ønsket å skjerpe pasientskadeansvaret sammenlignet med arbeidsgiveransvaret, men på slik måte at handlingene til helsepersonellet skulle «sammenliknes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe».¹⁴⁶ Med denne uttalelsen, og formuleringen av bestemmelsen i passkl. § 2 andre ledd, tyder sammenligningen på at sviktansvaret med dette får betegnelsen den objektiviserte form av lovgiver. Sammenligningen av sviktansvaret med de objektive ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven, viser at vurderingsmomentene hjemlet med passkl. § 2 andre ledd, gjør at sviktansvaret fremstår som objektivisert. Sviktansvaret blir objektivisert fordi sviktansvaret krever at det har skjedd noe irregulært.¹⁴⁷

Lagmannsretten uttaler om sviktansvaret i RG 2008 s. 557, ved å vise til Norsk lovkommentar hvor det står følgende om svikt: «Noe har skjedd som ikke burde ha skjedd, sett i forhold til visse faglige normer. Dette peker mot culpanormens objektive element. Vi står da overfor en mellomsituasjon, mellom det rene subjektive og det rene objektive ansvar. Culpanormens objektive element er opprettholdt, men det subjektive element er fjernet.»

I juridisk teori er sviktansvaret klassifisert som et «culpa light»-ansvar.¹⁴⁸ Syse (2004) mener at «erstatningsansvarsgrunnlaget i det særskilte pasientansvaret ikke atskiller seg vesentlig fra arbeidsgiveransvaret».¹⁴⁹ Sammenligningen viser at dette kan være en riktig betegnelse på sviktansvaret, fordi sviktansvaret synes å ligge «nær opp til» uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret. Reiersen (2004) mener at man med rimelighetsregelen i § 2

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 64.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 34.

¹⁴⁸ Aslak Syse «Helserettslige dommer siden 1985». *Lov og rett.* (387–439) LOR-2004–387 s. 395 og Nina Reiersen. «Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester». *Tidsskrift for erstatningsrett* 2004 s. (123–137).

¹⁴⁹ Syse 2006 TFE-2006–50 s. 63.

andre ledd «står overfor en mellomløsning mellom et objektivt ansvar og culpaansvar»,¹⁵⁰ noe som bekreftes med sammenligningen i kapittel 2. Vurderingsmomentene i passkl. § 2 andre ledd medfører at sviktansvaret bringes nærmere en tilsvarende tolkning som ved arbeidsgiveransvaret.

6.2 Pasientens valg av ansvarsgrunnlag

Pasientens valg av ansvarsgrunnlag avhenger av hvor pasientskaden er påført, hvilken skade pasienten er påført og hvilke erstatningsposter pasienten ønsker å fremme.

Vurderingen i punkt 6.1 viser at de rettslige momenter for vurderingen av ansvarsgrunnlagene får betydning for pasientens valg. Momentene av betydning relateres til forhold ved pasienten og forhold ved helsepersonellet.

Vurderingen i punkt 6.1 viser at pasienter med en tilstand eller grunnsykdom kan ha et vanskelig utgangspunkt, sammenlignet med pasienter uten en grunnsykdom. Forut for en rådgivning om ansvarsgrunnlag, må derfor pasientens grunnsykdom og sakens faktum vurderes nærmere. Viser vurderingen at pasientens grunnsykdom ikke fremstår som årsak til skaden, kan pasienten rådes til å fremme sitt erstatningskrav til NPE. Viser vurderingen det motsatte, vil pasienten mest sannsynlig ikke kunne vinne frem med ansvarsgrunnlagene i pasientskadeloven. Pasientene bør i disse tilfellene rådes til å velge ansvarsgrunnlag fra alminnelig erstatningsrett. Sammenligningen viser da at arbeidsgiveransvaret vil være det ansvarsgrunnlag som er nærmest sviktansvaret. Med dette ansvarsgrunnlaget, må det foretas en vurdering av om sårbarhetsprinsippet vil kunne medføre at erstatningskravet ikke fører frem. Viser vurderingen at sårbarhetsprinsippet kan legges til grunn, kan erstatningskravet fremmes direkte overfor domstolene.

¹⁵⁰ Reiersen. (2004) s. 123.

Rettes blikket mot forhold på helsepersonellets side, er det flere faktorer som må vurderes før pasienten velger ansvarsgrunnlag. Sammenligningen viser at pasienten også må se nærmere på hvem som har utført helsehjelpen, om det er én eller flere, og hvis det er flere, om disse har den samme arbeidsgiveren.

For den videre vurdering legges til grunn at pasienten ikke har en grunnsykdom, slik at erstatningskravet som utgangspunkt kan rettes til NPE eller domstolene direkte.

Videre må det tas hensyn til er om pasienten har et økonomisk eller et ikke-økonomisk erstatningskrav. Spørsmålet om pasienten ønsker oppreisningserstatning, er da av betydning. Pasienter som ikke har et økonomisk krav, må vurdere om vilkårene for menerstatning er oppfylt. Hvis vilkårene er oppfylt, kan kravet rettes mot NPE. I motsatt fall, kan det være aktuelt å søke domstolene direkte med krav om oppreisningserstatning. Pasienter med et økonomisk krav synes å komme best ut materielt og prosessuelt, hvis kravet fremmes til NPE.

I det følgende legges til det til grunn at pasienten har en grunnsykdom, og at erstatningskravet dermed bør rettes direkte til domstolene.

Sammenligningen over viser at forhold på helsepersonellets side er aktuelle momenter for vurderingen. Hvis det er én helseperson involvert, viser sammenligningen at ansvarsvurderingen er sammenfallende for ansvarsgrunnlagene. Hvis det er flere helsepersoner involvert, og arbeidsgiveren er den samme, viser sammenligningen at arbeidsgiveransvaret er det beste valget.

6.3 Pasientens erstatningsrettslige vern

Lovgivers formål med pasientskadeloven var å gi pasienter et bedre erstatningsrettslig vern, hvor sviktansvaret skulle supplere uaktsomhetsansvaret.¹⁵¹ Med formuleringen av sviktansvaret i pasientskadeloven, har lovgiver gått bort fra det opprinnelige ønske om å innføre av et rent objektivt ansvar for pasientskader. I juridisk litteratur er dette fremhevet å ha medført et dårligere erstatningsrettsligvern enn opprinnelig tiltenkt.¹⁵²

I forarbeidene begrunnes innføringen av sviktansvaret formulering som en avveining mellom pasientens og samfunnets interesse. Lovgiver konkluderer i forarbeidene at de med pasientskadeloven har fått en rimelig avveining av disse to interessene.¹⁵³ Lovgiver presiserer at hvis sviktbestemmelsen var formulert uten bestemmelsen i passkl. § 2 andre ledd, ville det ha blitt for belastende for samfunnsøkonomien, fordi sviktansvaret da hadde medført for store erstatningsutbetalinger.¹⁵⁴

I juridisk litteratur er det også fremhevet at innføringen av sviktansvaret har den

«ulempen at culpanormen ble satt ut av funksjon. Dermed fikk vi ikke fastsatt hva som var for-
svarlig og hva som var uforsvarlig behandling i helsevesenet, av slike uavhengige instanser som
domstolene».¹⁵⁵

Kjønstad påpeker videre at man ved en domstolsbehandling får en personlig kontradiksjon, ved et personlig møte under forhandlingene mellom pasienten, helsepersonellet og/eller dennes arbeidsgiver. Dette sammenlignet med pasientskadeloven, hvor kontradiksjonen skjer ved kommunikasjon overfor NPE. Dette er synspunkter som taler mot et bedret er-

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 5 og s. 36.

¹⁵² Reiersen (2004) s. 127.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 63.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 63.

¹⁵⁵ Kjønstad (2007) s. 118.

statningsrettslig vern for pasienten. I forarbeidene fremheves det som et bedret erstatningsrettslig vern, at pasientskadeloven ikke krever at pasienten må påvise uaktsomhet hos helsepersonellet. Man får her to sider av samme forhold som hver peker i sin retning i forhold til det erstatningsrettslige vernet.

Et annet moment som er uttrykt i juridisk faglitteratur er at man med pasientskadeloven bidrar til å skjule selve skadebeføyelsene.¹⁵⁶ Dette kan tale mot et bedret erstatningsrettslig vern for pasientene. Men fordi NPE arbeider med kvalitetssikring ovenfor helsevesenet, kan dette sies å være av betydning i forhold til prevensjonshensynet og et bedret vern.

Lovgiver presiserer i forarbeidene til pasientskadeloven at:

«Det er den samlede virkning av de materielle og prosessuelle reglene som avgjør om ordningen med pasientskadeerstatning vil gi skadelidte et bedre erstatningsrettslig vern sammenlignet med alminnelig erstatningsrett».¹⁵⁷

Oppgavens sammenlignende fremstilling og vurdering av sviktansvaret med uaktsomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret, viser at det kan være riktig å slutte seg til forarbeidenes uttalelser som nevnt over. Sviktansvaret er en medvirkende årsak til at det erstatningsrettslige vernet for pasienter er bedret, nettopp fordi sviktansvaret er gitt en lavere terskel for ansvar enn ved arbeidsgiveransvaret og uaktsomhetsansvaret. Rettspraksis viser at lovgivers formål med sviktansvaret legges til grunn for ansvarsvurderingen.

¹⁵⁶ Kjønstad (2007) s. 118.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) s. 6.

Litteraturliste

Litteratur:

Evensen (2008)

Evensen, Lars Marcus. *Medisinske journaler som bevis*. Tidsskrift for erstatningsrett 2008 s. 4. (TFE-2004–4).

Kjelland (2008)

Morten Kjelland. Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten - en analyse av generelle og spesielle årsaksregler. Gyldendal Norsk Forlag AS. Oslo. 2008.

1.utgave, 1. opplag 2008. ISBN 978–82–05–38498–9

Kjønstad (2007)

Asbjørn Kjønstad. Helserett. 2. utgave. 1. opplag. 2007. Gyldendal Norsk Forlag AS. 2007. ISBN-978–82–05–38071–4.

Kjønstad (2005)

Kjønstad, Asbjørn. *En modell for culpavurderingen*. Tidsskrift for erstatningsrett nr. 2 2005 s. 87. (TFE-2005–87).

Lødrup (2009)

Peter Lødrup. Lærebok i erstatningsrett 6.utgave med bistand av Morten Kjelland.

Gyldendal Norsk Forlag AS. Oslo.2009. 6.utgave, 2. opplag. ISBN-978–82–05–39348–6.

Pasientskaderett (2011)

Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad ...[et al.]. Gyldendal Norsk Forlag AS. Oslo.2011. 1.utgave, 2. opplag 2011. ISBN-978–82–31548–8.

Reiersen (2004)

Reiersen, Nina. *Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester*. Tidsskrift for erstatningsrett 2004 s.(123–137). (TFE-2004–123).

Syse (2009)

Aslak Syse. *Pasientrettighetsloven med kommentarer*. 3 reviderte utgave. 1. opplag 2009. Gyldendal Norsk Forlag AS 2004.

Syse (2006)

Syse, Aslak. *Høyesterettsdom om jordmorarbeid og arbeidsgiveransvar*. Tidsskrift for erstatningsrett 2006 s. (50–63). (TFE-2006–50).

Syse (2004)

Syse, Aslak. *Helserettslige dommer siden 1985*. Lov og Rett 2004 s. (387–439). (LOR-2004–387).

Lovregister:

Skl.	Lov om skadeserstatning 12. juni. nr. 26. 1969
Sphlsl.	Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2. juli. nr. 61. 1999
Hlspl.	Lov om helsepersonell m.v. 2. juli. nr. 64. 1999
Pasrl.	Lov om pasient- og brukerrettigheter 2. juli. nr. 63. 1999
Passkl.	Lov om erstatning ved pasientskader m.v. 15. juni. nr. 53. 2001
Helse- og omsorgstjenesteloven	Lov om kommunale helse-og omsorgstjenester m.m. 24. juni. nr. 30. 2011

Lovforarbeider og offentlige utredninger:

NOU 1992: 6	Erstatning ved pasientskader
Ot.prp. nr. 31 (1998–1999)	Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)
Ot.prp. nr. 55 (1999–2000)	Om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)
Ot.prp. nr. 13 (1998–1999)	Helsepersonell mv. (helsepersonelloven)
Ot.prp. nr. 103 (2005–2006)	Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.
Innst. O. nr. 68 (2000–2001)	Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Rettsavgjørelser:**Høyesterett:**

Rt. 2012 s. 233	Tankbil
Rt. 2012 s. 146	Mobbedommen
Rt. 2011 s. 549	Tollefsen
Rt. 2010 s. 1547	Lie
Rt. 2009 s. 1237	Nordsjødykker
Rt. 2008 a. 218	Sarkomdommen
Rt. 2006 s. 1217	Angiografidommen
Rt. 2005 s. 1714	Verandarekkverk
Rt. 2005 s. 1050	Jordmordommen
Rt. 2003 s. 1546	Lund
Rt. 2000 s. 1991	Stryn skisenter
Rt. 1998 s. 1538	Cauda equina
Rt. 1998 s. 1336	Ruptur/inkontinent
Rt. 1997 s. 1	Rossnes
Rt. 1996 s. 1384	Hjernesvulst/nerveskade

Rt. 1994 s. 588	Lege-dro
Rt. 1993 s. 1169	Nervesvulst
Rt. 1992 s. 64	P-pilledom II
Rt. 1991 s. 963	Fødselskade
Rt. 1990 s. 768	HIV-dommen
Rt. 1989 s. 674	Strumadommen
Rt. 1989 s. 426	Nerveskade
Rt. 1981 s. 728	Lymfeknute
Rt. 1980 s. 1299	Ulnaris
Rt. 1978 s. 482	Røntgenstråle
Rt. 1950 s. 330	Rengjøringsbyrå/tyveri

Kjennelser:

HR-2012–1289-U
HR-2011–1040-U
HR-2009–698-U
HR-2011–658
HR-2011–274-U

Underrettspraksis:

LA-2010–11107
LB-2010–844
LB-2009–192317
LB-2008–102426
LB-2008–9660
RG 2008 s. 557
LF-2012–23150
LF-2012–23150
LF-2011–66251
LF-2010–149413

LG-2011–134535

LG-2011–66251

LG-2010–56030

LH-2010–116910

TOSLO-2010–196708

Stavanger tingrett 30. mars 2012

Gulating lagmannsrett 29. juni 2012–11–20

Nemndspraksis:

PSN-2012–23150

PSN-2012–177

PSN-2011–1406

PSN-2011–1392

PSN-2011–1370

PSN-2011–1113

PSN-2011–927

PSN-2011–886

PSN-2011–559

PSN-2011–461

PSN-2011–244

PSN-2011–37

PSN-2010–762

Nettsider:

www.npe.no (22.11.2012)

www.psn.no (22.11.2012)

www.snø.no (22.11.2012)